

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

要件事実原論ノート 第7章

著者	橋本 昇二
著者別名	HASHIMOTO, Shoji
雑誌名	白山法学
号	12
ページ	37-97
発行年	2016-03-20
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00008049/



要件事実原論ノート 第7章

橋 本 昇 二

(序章及び第1章は白山法学第5号に、第2章ないし第6章は白山法学第6号ないし第10号にそれぞれ掲載。引用文献の略称は、同第5号に示したものに従う。なお、司法研修所編『新問題研究 要件事実』法曹会・平成23年9月は、『設例13題』と略称する。)

第7章 契約の拘束力の根拠について

第1節 はじめに

「契約の拘束力の根拠は何か。」という問題^{1,2}（以下「本問題」という。）がある。

本問題は、「契約に基づいて権利（請求権）が発生する根拠は何か。」という問題と同趣旨のものとされる。^{3,4,5}

そして、要件事実論⁶においては、ある人（訴訟でいえば原告）が他の人（訴訟でいえば被告）に対して契約に基づく請求をする場合に、請求権の発生行使を可能とする具体的な事実（訴訟でいえば、訴状に記載すべき請求を理由づけるものとしての請求原因事実⁷）として何が必要かつ十分であるかが問題とされ、その基準として、大枠でいえば、法律か合意かという議論があり、これに対応して、法規説と合意説とがある。

法規説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律である。」という説であり、合意説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律の有無にかかわらず合意である。つまり、契約自由の原則に基づく意思表示（あるいは、私的自治の原則又は自己決定権に基づく意思表示）が、契約当事者を拘束し、契約当事者間に権利義務関係が発生する根拠である。」という説である。⁸

しかし、結論的にいえば、上記法規説も、合意説も、本問題に対する適切な解とはいえない。そして、その適切な解は、後記第4節で述べるところの、合理的規範説とでもいべきものである。

合理的規範説とは、要約すると、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、その契約が合理的規範の定める要件を充足することにある。」という考え方であり、これを多少詳しく説明すると、「契約の拘束力も、契約に基づく権利の発生も、その契約が法律の規定する要件を充足する場合のほか、法律の規定する要件を充足しないときであっても合理的規範の定める要件を充足する場合にも認められる。法律の規定は合理的規範の一つであるといえる。しかし、法律の規定のみが合理的規範であるというのではなく、法律の規定していない合理的規範（例えば、ファイナンス・リース契約⁹、諾成的代物弁済契約¹⁰、諾成的消費貸借契約¹¹）も、実在する。法律の規定ではないが権利の発生を肯定できる合理的規範の種類・内容は、民事実体法の解釈の課題であり、有権的には裁判所の判断によって明らかにされる。したがって、裁判所において、その契約が合理的規範の定める要件を充足すると判断できるときは、その契約には拘束力があるし、その契約に基づいて権利が発生するといえる。」という説である。

本章では、法規説、合意説の批判的な検討とともに、合理的規範説を提示することを課題とする。

第2節 検討のための事前準備作業

本問題は、「契約の拘束力の根拠は何か。」という問題であり、その文言自体からも、簡単に解を得ることが困難な問題であることが窺われる。例えば、「弁論主義の根拠は何か。」という問題も、一見して簡単に解を得ることが困難な問題である¹²。

そこで、第1に、この疑問文の一般的な性質及びその解の示し方に関する一般的な法則について検討をすることとしよう。

第2に、拘束力という言葉は、多義的な言葉であり、本問題の適切な解

を得るためには、この意味の確定が必要不可欠であるから、この意味の検討をすることとしよう。

第3に、根拠の説明の仕方にも多様なものがあるから、この説明の観点についても、検討することとしよう。

本節では、以上の3点について、検討することとする。

1 根拠探求型疑問文における根拠説明言明に関する一般法則の観点からの検討

(1) 根拠探求型疑問文と根拠説明言明

ア 定義

「Aの根拠は何か。」という疑問文がある。これを根拠探求型疑問文ということにしよう。

そして、根拠探求型疑問文に対する解として、「Aの根拠はBである。」という言明がある。これを根拠説明言明ということにしよう。

イ 根拠探求型疑問文

根拠探求型疑問文は、日常的にしばしば使用される疑問文である。それは、人が日常生活をする上で自然に生まれうる思考であり、かつ、その表現である。例えば、「東京が日本の首都とされる根拠は何か。」、「今後日本の株価の低下が予想される根拠は何か。」、「エルニーニョ現象があると異常気象が多発するという根拠は何か。」、「弁論主義の根拠は何か。」などいくらでも、この種の根拠探求型疑問文はある。

しかし、根拠探求型疑問文は、適切な解の得られるものもあるが、しばしば、解の得られないもの¹⁴、あるいは、主観的な解が得られても客観的な解が得られないもの¹⁵もある。そして、根拠探求型疑問文のある種のものは、客観的な解の得られるものではなく、論者の価値判断に依存する解しか得られないが、その価値判断について多数者の賛同を得られる場合には、その価値判断に依存した解が一応適切であるとされることもある¹⁶。

したがって、根拠探求型疑問文については、解の得られないものか、解の得られるものか、解の得られるものとしても客観的な解の得られるものか、などの見極めが必要である。

ウ 根拠説明言明

根拠説明言明は、しばしば、適切でないものが多い。本問題についての法規説及び合意説も、適切なものではない。その理由は、第3節で詳述するとして、ここでは、根拠説明言明に関する一般法則の観点から、法規説及び合意説が不適切であると直感的に予測¹⁷されることを確認する。

(2) 根拠説明言明に関する一般法則

「Aの根拠はBである。」という根拠説明言明は、しばしば、(a) Bが単純で具体的な文言である場合には、その説明が適切でなく、(b) Bが抽象的な文言である場合には、その説明は適切ではありうるが、意味が不明確であるという一般法則¹⁸が成立する。

この一般法則を前提として、本問題についてみると、「契約の拘束力の根拠は、法律である。」、又は、「契約の拘束力の根拠は、合意である。」という根拠説明言明は、いずれも、上記(a)に該当するものとして適切ではないとされることが直感的に予測される。そして、「契約の拘束力の根拠は、合理的規範に適合することである。」という根拠説明言明は、上記(b)に該当するものとして、その説明は適切ではありうるが、意味が不明確であるとされることが直感的に予測される。

(3) 一般法則の成立の理由についての言葉による説明

複雑な事柄を単純で具体的な言葉によって説明することはできない¹⁹。しかし、抽象的な言葉によって一応の説明をすることはできる²⁰。ただし、その抽象的な言葉は、意味が不明確である。

これを複雑な事象の根拠の説明について適用すると、次のとおりである。

複雑な事象の根拠を説明する場合に、具体的な事象を表現する単純な言葉によってすることはできない。また、複雑な事象の根拠を説明する場合

に、抽象的な事象を表現する単純な言葉によってすることができることもあるが、その言葉は、それ自体では、意味が不明確である。

しかし、この説明は、分かりにくい。

そこで、以下において、これを、図によって説明することにする。

(4) 一般法則の成立の理由についての図による説明

別紙図1において、A という図形を説明する場合に、「A は、丸である。」、あるいは、「A は四角である。」と説明すると、いずれも、A の形のイメージを思い浮かべることはできるが、厳密には、適切な説明であるとはいえない。A の形は、厳密には、「丸」でも「四角」でもないからである。そして、「A は、曲線によって囲まれた図形である。」と説明すると、その説明は適切ではあるが、A の形のイメージを思い浮かべることはできない。「曲線で囲まれた図形」という言葉は、「丸」や「四角」のように具体的な形をイメージさせるものではない、抽象的な表現だからである。

別紙図2において、A という図形を説明する場合に、「A は、丸である。」という説明は、いかにも無理があり、「A は四角である。」と説明すると、A の形のイメージを思い浮かべることはできるが、到底、適切な説明であるとはいえない。そして、「A は、直線と曲線とによって囲まれた図形である。」と説明すると、その説明は適切ではあるが、A の形のイメージを思い浮かべることはできない。

これらの図の説明によって分かることは、複雑な図形を説明する場合に、具体的で単純な言葉（丸とか四角）によってすることはできないし、また、抽象的で単純な言葉（直線と曲線とによって囲まれた図形）によってすることができることもあるが、その言葉は、それ自体では、意味が不明確であるということになる。

複雑な事象の根拠を説明する場合も、同様である。

なお、契約の拘束力は、単純な事象ではなく、複雑な事象である。²¹

別紙図2は、拘束力を有する契約の元（要素 = element）を a とし、その集合を A とした場合に、法律の規定する要件を充足するもの（13種類

の典型契約に該当するもの)を a_1 から a_{13} までとし、法律の規定する要件を充足しないものの拘束力を認めてよいもの(典型契約に該当しないもの)を a_{14} から a_n までと表記しているものであり、このような集合 A を単純な言葉で表現することはできない。

本問題にあてはめれば、「契約の拘束力の根拠は、法律である。」又は、「契約の拘束力の根拠は、合意である。」という根拠説明言明は、いずれも、適切ではないとされることが直感的に予測され、そして、「契約の拘束力の根拠は、合理的規範に適合することである。」という根拠説明言明は、その説明は適切ではありうるが、意味が不明確であるとされることが直感的に予測される。

(5) まとめ

根拠探求型疑問文に対する解としての根拠説明言明は、求められる問題が複雑な事象についてのものであれば、その解は、自ずから、複雑なものにならざるをえない。

本問題にあてはめれば、一応の解として適切なものとするためには、具体的な文言(法律、合意)とすることはできず、抽象的な文言(合理的規範に適合すること)にせざるをえない。しかし、抽象的な文言は、不明確であるから、その詳細な説明が必要となる。

2 契約の拘束力に関する3つの意味

(1) 拘束力の意味

本問題は、「契約の拘束力の根拠は何か。」という表現形式をとる。

この問題文のうちの「拘束力」という言葉は、もともと、法律用語というよりは日常用語であり、法律上の意味が明確に限定されておらず、多義的である。

実際には、「拘束力」という言葉は、次のような3つの意味で使用されている。

第1には、「契約は守らなければならないこと」・「Pacta sunt servan-

da」の一般的な意味であり、後記第3の意味が積極的側面であるとすれば、これに対する意味では消極的側面であり、すなわち、「契約を締結した当事者が、一方的に、理由なく、契約を取り消したり、解除したり、変更したりできないこと」という意味である。²²

第2には、「契約の内容を構成するすべての条項が有効であること」という意味であり、逆にいえば、契約の拘束力が否定されるというのは、「契約の内容を構成する一部の条項が無効であるとされること」を意味する。これは、いわゆる約款などの一部が拘束力を持たないという問題として議論されている。²⁴

第3には、「契約は守らなければならないこと」の具体的な意味であり、かつ、積極的側面であり、「契約の締結によって、(a) 契約当事者間に権利義務関係が発生し、(b) 当事者の一方は、相手方に対して契約に基づく権利を主張でき、義務の履行を請求できること」という意味である。そして、この意味からは、さらに、訴訟における意味として、「(c) 権利の発生行使のために必要かつ十分な具体的事実、ひいては、訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実」が問題となり、これに対する解として、法律の規定する要件を充足する事実であるとする説（法規説）、合意であるとする説（合意説）、法律の規定を含む合理的規範の要件を充足する事実であるとする説（合理的規範説）などがあることになる。

（2）本問題における拘束力の意味

本問題における「契約の拘束力」は、上記（1）の第1及び第2の意味ではなく、第3の意味で使用される。²⁵

もちろん、契約の拘束力についての上記（1）の第1の意味は、「契約は守らなければならないこと」の一般的な意味であり、かつ、消極的側面であり、同第3の意味は、「契約は守らなければならないこと」の具体的な意味であり、かつ、積極的側面であり、この両者を分断して理解することに問題がないわけではない。

しかし、契約の拘束力の根拠は何かと問うときに、その視点が、同第1の意味を念頭においているのか、同第3の意味を念頭においているのかによって、議論の進め方が異なりうるし、現に、そのような相違があらわれている。

そして、同第1の意味を念頭におく場合には、その議論は、法律論として観念的になるか、社会学的なあるいは心理学的な装いをしながらもやはり観念的になる可能性が高い。²⁶

例えば、拘束力の根拠・根源は、①ユダヤ民族においては、神に対する従順を示すためであるし（宗教社会学的な説明）、②近代初期の自然法学では、国民相互の社会契約にあるし（非実定法学である自然法学からの説明）、③契約主体に根拠を求める考え方としては、人の共感にあるし（心理学的な説明）、④身分制封建社会の崩壊と資本制生産様式の発展によるところの、自由な意思に基づく合意にある（社会経済学的な説明）などという説明がある。²⁷これらの説明は、学問的に興味深いところがあるが、実務的な観点から訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実を明らかにすることを目的とするものではない。

これに対し、同第3の意味を念頭におく場合には、とりわけ、「(c) 権利の発生行使のために必要かつ十分な具体的事実、ひいては、訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実」について検討する場合には、その議論は、法律論として実証的なものとなりうるし、実務的に有用なものとなりうる。

したがって、本章にあつては、契約の拘束力については、同第3の意味で使用するようになることを確認しておきたい。

3 契約の拘束力に関する説明の視点

要件事実論ではない領域、例えば、英米法の領域においては、契約の拘束力の一般的な意味に関する根拠が問題とされ、その領域では、意思説、

取引説、等価説、信賴説などがあるといわれている。^{28, 29, 30}

しかし、このような説は、上記2の(1)の第1の意味での契約の拘束力を説明するためのものと考えられる。

すなわち、「契約は守らなければならないこと」という原則に関する契約の拘束力の一般的な意味を説明するための説であると考えられる。また、仮に、上記2の(1)の第3の意味での契約の拘束力に関する具体的な意味を説明するための説であるとしても、これらの説が、訴状に記載すべき請求原因事実として何が必要かつ十分であるかについてまで言及するものではないようである。

要件事実論における「契約の拘束力の根拠は何か。」という問題は、具体的には、訴状に記載すべき請求原因事実として何が必要かつ十分であるのかという課題について適切な解を導くための基本的な考え方（枠組み）を示すことを念頭においているものであり、一般的な権利発生 の根拠を問題とするものではない。

したがって、本章の課題も、要件事実論における契約の拘束力の根拠を示すこと、すなわち、具体的には、訴状に記載すべき請求原因事実として何が必要かつ十分であるのかという課題についての適切な解を導くための考え方を示す視点から、検討されることになる。

第3節 法規説、合意説その他の説の概要と検討

1 法規説

(1) 見解

ア 基本

法規説とは、契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律であるという説である。

イ 『30講』第3版における説明

『30講』第3版100頁、101頁には、次のとおりの説明がある。ただし、(a) 及び (b) の区分及び表題は、筆者による。

(a) 問題の提示

「権利の発生根拠に関する法規説と合意税の対立は、たとえば、ある法律効果（権利）の発生が一定の類型的な契約に基づく場合、この法律効果の発生を主張するには、その契約が民法等の実体法が定める契約類型（典型契約）に該当することを示す具体的事実、言い換えると、民法が定める契約類型の契約成立要件に当たる具体的事実をすべて主張立証しなければならないと考えるかどうかに現れる。」

(b) 法規説

「現在の民事裁判実務では、法規説が採用されている。民法が成文法として制定されている以上、法律行為について、「法律の規定なしに法律効果が生ずるという自然法原理のようなものは認めることができない」（我妻Ⅰ242頁）と解されるからである。契約の拘束力の思想的な根拠が合意にあり、契約の成立には合意が必要であるとしても、権利の発生根拠・契約の拘束力の根拠は法律にあると考えるべきである。また、合意説では、典型契約以外の無名契約³¹が認められることの説明が容易であるとされるが、法規説の立場に立つても、民法91条により、無名契約も法律に根拠を有するものとして肯定することができ、権利の発生根拠が法律であるとする考え方と整合しないわけではないとされるのが一般である。」

ウ 我妻榮『新訂 民法総則』における説明

上記問題を解説する際に引用される我妻榮『新訂 民法総則』（岩波書店・1965年）242頁は、次のとおり、記述している。ただし、

(a) から (d) までの区分及び表題は、筆者による。

『30講』第3版における法規説は、下記の (b) 及び (c) を法規説が妥当であることの理由として援用しているといえる。

しかし、我妻榮教授は、下記の (a) から (c) までの記述によれば、法規説を採用しているかのように思われるが、下記の (d) の記

述によれば、合意説を採用しているかのようにも思われ、結局、その見解は明示されていないとみるのが公平であろう。

(a) 問題の提示

「意思表示または法律行為が法律効果を生ずる根拠は、法律であるか、それとも意思であるか、問題とされる。」

(b) 自然法原理のようなものの否定

「しかし、法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。法律の規定なしに権利能力者なるものがないのと同様である。」

(c) 結論及び民法91条の指摘

「この意味において、法律行為の効果の根拠は法律の規定である（直接には民法91条がこれを規定する）。」

(d) 当事者の意思についての言及

「ただ、法律が法律行為に効果を認めるのは、行為者の意欲に従って効果を生じさせること（私的自治を達成させること）が妥当だと考えるからである。この意味では、当事者の意思が法律効果の根拠だといってもよい。」

エ 『考え方と実務』第3版における説明

『考え方と実務』第3版20頁以下には、次のとおりの説明がある。ただし、(a) から (d) までの区分及び表題は、筆者による。

(a) 法規説と合意説の提示

「請求権は、当事者の合意に基づいて直接発生するという考え方である（合意説）。」

「請求権の発生根拠は、法であるという考え方である（法規説）。」

(b) 無名契約と民法91条

「たしかに合意説は、私約自治の原則が妥当する民事関係分野において、一定の説得力があるように見える。そして、典型契約以外の無名契約も、合意説によれば、疑問の余地なく認められるのであ

る。しかし、法規説は、民法91条により、無名契約も法規の裏づけを伴ったものとして肯定することができ、請求権の発生根拠が法規であるという考え方と整合すると説明する。」

(c) 我妻榮教授の自然法原理のようなものの否定の見解の引用

「民法典が制定されている以上法律行為について、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは認めることはできない」（我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』242頁）と解するのが素直であろう。」

(d) 実務の現状についての見解

「そのようなことから、わが国の民事裁判実務においては、法規説が採用されている。」

オ 『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』における説明

『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』における説明は、後記「返還約束説」を採用しないことを明言しているため、一般に、法規説を採用しているかのように理解されているようであるが、厳密には、法規説を採用しているものとまでは解することはできない。なぜならば、その説明は、契約に基づく権利は、不可分一体の契約（例えば、売買契約）から発生するものであって、その契約の一部である合意（例えば、代金支払合意）を抽出することができないことを説いているに過ぎないからである。そして、その契約が典型契約であるか、無名契約であるかの区別をしていないし、民法91条についても、何ら言及していない。

ちなみに、伊藤滋夫裁判官は、その『要件事実の基礎』（有斐閣・2000年）266頁、267頁において、合意説を採用していることを表明し³³、かつ、『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』は法規説ではなく合意説を採用していると解される旨を表明している³⁴。

以上のような留意をした上で、『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』の説明を確認すると、同書では、次のように説いている。た

だし、(a) から (c) までの区分及び表題は、筆者による。

(a) 基本

「要件事実を考える上において一つの重要な考え方は、一定の法律効果の発生のために必要な事実として、どこまでが本質的なものとして不可分一体であり、どこからが非本質的なものとして可分といえるかということである。」(43頁)

(b) 法律行為の成立要件の不可分性

「ある法律効果の発生を主張しようとする者は、その効果の発生原因に当たる事実について主張立証責任を負うから、その発生原因が法律行為であるときは、当該法律行為の成立要件に当たる事実をもれなく主張立証しなければならない。…この意味で成立要件に当たる事実は不可分である。」(44頁)

(c) 契約の成立要件の不可分性

「ある法律効果の発生が一定類型の契約³⁵に基づくとき、この法律効果の発生を主張するには、右契約がその法的類型の契約に該当する具体的事実、言い換えれば、一定類型の契約の成立要件に当たる具体的事実をすべて主張立証しなければならないかどうかについて争いがある。」(45頁)

「通説は、ある権利の発生は一定の契約の法律効果として認められるものであるから、発生原因である契約の成立が肯定されることが前提として必要であり、そのためには当該契約の成立要件に当たる事実はすべて右権利の発生を主張する者に主張立証責任があると考え。この意味で、通説は、契約の法的性質を示す事実、言い換えれば、一定の法的類型に当たることを示す事実は当該権利発生のために必要な事実であり、不可分と理解する。」(45頁)

(2) 分析

ア 法規説の要旨と問題点の概要

法規説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生

する根拠も、法律である。」という説である。

そして、法規説を採用すべき根拠は、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」という考え方であり、また、法規説を採用しても無名契約について法律効果が生ずることを肯定できる説明は、「民法91条により、無名契約も法律に根拠を有するものとして肯定することができる。」という考え方である。

しかし、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」という考え方は、無条件に肯定できるものか否か、吟味の余地があり、また、無名契約も法律に根拠を有するものとして肯定できる説明として民法91条を援用することが相当か否か、やはり、吟味の余地がある。

イ 自然法原理についての説明

「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」という言明は、一応、妥当なもののように思える。とりわけ、法律実務家は、日常的には、法律の規定に基づいて判断をしている。

しかし、第1に、日本国憲法は、自然法、自然法原理あるいは「自然法原理のようなもの³⁶」を認めているようにも解される。すなわち、日本国憲法の前文は、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。」と規定し、憲法（制定法）に規定はないが、憲法（制定法）すらも拘束される人類普遍の原理があることを認め、憲法98条1項は、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の

国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」と規定し、上記基本的人権は、憲法（制定法）すらも侵害することができないこと、すなわち、自然法により認められたものであることを宣言している。

第2に、民事実体法の領域において、最高裁判所は、法律に規定のない「景観利益」があることを認め、その侵害が不法行為による損害賠償請求権の発生という法律効果が生じうることを肯定し（最高裁判平成18年3月30日判決・民集60巻3号948頁）、また、法律に規定のない「パブリシティ権」があることを認め、その侵害が不法行為による損害賠償請求権の発生という法律効果が生じうることを肯定している（最高裁判平成24年2月2日判決・民集66巻2号89頁）。

第3に、我妻榮教授は、かねてから、民法に明文の規定のないところの「諾成的消費貸借契約」を肯定する見解を採用している。³⁷

こうしてみると、現行の日本法においては、「法（規範）^{38, 39}なしに法律効果を生ずることは、認めることはできない。」ということとはできても、「法律の規定⁴⁰なしに法律効果を生ずるということは、認めることはできない。」とまではいえないように思われる。つまり、「法律効果は、法（規範）によって認めることができるが、法（規範）は、法律の規定によって認められるほか、法律の規定がなくても認められるものである。」から、それゆえに、「法（規範）なしに法律効果を生ずることは、認めることはできない。」といえるが、「法律の規定なしに法律効果を生ずるということは認めることはできないとまではいえない。」ということになる。

したがって、引用されたところの我妻榮教授の見解も、そこでいう「法律の規定」は、「法（規範）」を意味するものであって、それゆえに、「契約の拘束力の根拠は、法（規範）である。」とはいっても、「契約の拘束力の根拠は、法律である。」というのは、問題があるように思われる。

ウ 無名契約と民法91条についての説明

法規説は、「法律の規定なしに法律効果が生ずることは認めることができない。」といいながらも、ファイナンス・リース契約などの無名契約の締結によって法律効果が生ずることを肯定する必要があることから、このような無名契約は、民法91条という「法律の規定」によって法律効果が生ずることを是認できるとする。

ところで、民法91条は、「任意規定と異なる意思表示」との表題の下で、「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思表示したときは、その意思に従う。」という文言である。

そうすると、第1に、民法91条は、「民法典の規定のうちの任意規定（法令中の公の秩序に関しない規定）については、当事者がこれと異なる意思表示をすることができ、その意思表示は有効とする。」⁴¹という意味に解釈することが素直である。この意味にあっては、民法91条は、既に民法典に規定された任意規定について言及しているものであって、既に民法典に規定されていないところの無名契約について言及しているものとは解されない。⁴⁴

第2に、それゆえに、民法91条について、「当事者が無名契約を締結した場合には、その契約が、法令中の公の秩序に関する規定に反しない限り、有効である。」という意味をも含むように解釈することは、文言上は、困難であろう。⁴⁵

第3に、仮に、民法91条について、「当事者が無名契約を締結した場合には、その契約が、法令中の公の秩序に関する規定に反しない限り、有効である。」という意味をも含むように解釈すると、この解釈は、法規説ではなく、むしろ、合意説を支持することになる。すなわち、民法91条は、典型契約か無名契約かを区別することなく規定しているものであるから、「当事者が契約を締結した場合には、その契約が、法令中の公の秩序に関する規定に反しない限り、有効である。」と解釈すべきことになり、これは、要するに、当事者の合意があれ

ば、その合意は、法令中の公の秩序に関する規定に反しない限り、有効であるということを述べていることになり、結局、「契約の拘束力の根拠は合意である。」という合意説を支持することになるからである。^{46, 47}

(3) まとめ

法規説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律である。」という説である。

そして、法規説を採用すべき根拠は、「法律の規定なしに法律効果を生ずるという自然法原理のようなものは、認めることはできない。」という考え方であり、また、法規説を採用しても無名契約について法律効果を生ずることを肯定できる説明は、「民法91条により、無名契約も法律に根拠を有するものとして肯定することができる。」という考え方である。

しかし、「法（規範）なしに法律効果を生ずることは、認めることはできない。」ということではできても、「法律の規定なしに法律効果を生ずることは、認めることはできない。」とまではいえない。

また、民法91条があることをもって、無名契約も「法律の規定によって法律効果を生ずる。」ということではできない。法規説は、無名契約が法律効果を生ずることの説明においていささか苦し紛れの解釈をしているところがあり、この点は、後藤卷則教授、大村敦志教授、石川博康教授らから、疑問又は批判が示されているところである（注43ないし47）。

したがって、法規説は、その根拠のいずれにおいても難点があり、採用することができない。

2 合意説

(1) 見解

ア 理念型としての分類

契約の拘束力の根拠は合意にあるとする説の理念型としての分類としては、次の3つを想定することができる。

その第1は、最少限合意説であり、第2は、中間的合意説であり、

第3は、全部合意説である。

第1の最小限合意説は、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約から、請求権発生に関する合意部分（金員支払合意、所有権移転登記手続合意、不動産引渡合意など）のみを取り出して、実体法上、その部分のみによって請求権が発生するとする考え方である。

例えば、(a) 金員支払請求でいえば、その請求の原因となる契約が、売買契約であろうと、贈与契約であろうと、金銭消費貸借契約であろうと、金員支払合意部分のみが請求権発生の根拠となること、(b) 所有権移転登記手続請求でいえば、その請求の原因となる契約が、売買契約であろうと、贈与契約であろうと、交換契約であろうと、代物弁済契約であろうと、所有権移転登記手続合意部分のみが請求権発生の根拠となること、(c) 不動産引渡請求でいえば、その請求の原因となる契約が、売買契約であろうと、賃貸借契約（又はその終了）であろうと、使用貸借契約の終了であろうと、不動産引渡合意部分のみが請求権発生の根拠となるという説である。この最小限合意説は、実際には、後述の三井哲夫裁判官などが説くところの「返還約束⁴⁸説」である。

第2の中間的合意説は、最小限合意説と全部合意説の中間の説であり、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約のうちの基本的な又は中核的な部分（その基本的な又は中核的な部分が何であるのかは、解釈による。）が請求権発生の根拠となるものであって、請求権発生に関する合意部分のみによって請求権が発生するとはいえないとする考え方である。

例えば、金員支払請求でいえば、その請求の原因となる契約が、売買契約、金銭消費貸借契約、贈与契約などの典型契約である場合であれば、その性質決定を伴う契約のうちの基本的又は中核的な部分が請求権発生の根拠となるものであり（契約のうちの金員支払合意部分のみが請求権発生の根拠となるものではない。また、契約のすべての合

意が請求権発生の根拠として必要となるものでもない。)、その請求の原因となる契約が典型契約ではない場合であれば、その無名契約の全部ではなく基本的な又は中核的な部分が請求権発生の根拠となるとする説である。

この中間的合意説については、実際には、「中間的合意説」との名称をもって説く者はいない。しかし、前記伊藤滋夫裁判官、後記大島眞一裁判官及び後記大村敦志教授の各見解は、この中間的合意説であるかのようにも思われる。

第3の全部合意説は、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約の全部（それが書面によると口頭によるとを問わない。）が請求権発生の根拠となるとする考え方である。

この全部合意説は、実際には、説く者がいない。後述の船越隆司教授が説くところの全部合意説は、書面による契約については、その実際の契約の全部が請求権発生⁴⁹の根拠となるとするが、口頭による契約については、異なる見解を述べている。

イ 実際の説

(a) 返還約束説

返還約束説とは、整理していえば、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて請求権が発生する根拠も、法律の規定の有無にかかわらない合意である。」とする合意説を前提とし、かつ、「当該契約中の一定の給付をすべき部分だけで請求権が発生する。」とし、さらに、それゆえに、「訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実⁴⁹は、その一定の給付をすべき部分についての合意のみで足りる。」という説である。

返還約束説の代表的な見解を述べる三井哲夫裁判官の『要件事実の再構成』（法曹会・1976年）によれば、次のとおりである。ただし、 α から δ までの区分及び表題は、筆者による。

α 法規説批判

「当事者の合意に基いて契約が成立し、その契約から債権が発生し、その債権から請求権が流出する、従って、契約の成立要件が、当然に、請求権の発生原因事実である、と考へる事が一のドグマなのではあるまいか。契約の成立要件とされているもののうちの或るものは、実は、請求権の発生障害事実となって居るのではあるまいか。」(40頁)

β 返還約束説からみた消費貸借契約に基づく返還請求権

「消費貸借に基づく返還請求権の発生原因事實は、それが本来の(要物的)消費貸借であるにせよ、諾成的消費貸借であるにせよ、「返還約束の存在」だけである。消費貸借を、「返還を目的とする契約」として理解する限り、返還請求権の最も直接的な根拠としては、「返還約束の存在」だけが重要だからである。」(41、42頁)

γ 再び法規説批判

「このような考へ方は、一見、法律要件分類説に反するやうに見える。民法第五百八十七条の規定は、明らかに、「返還約束の存在」と「目的物の交付」とを、消費貸借契約成立要件事実として居るからである。しかし、それは、既に述べたやうに、当事者の合意に基いて契約が成立し、その契約から債権が発生し、その債権から請求権が流出すると云ふドグマに立脚して居る。このドグマは、正しくない。少なくとも、正確ではない。」(43頁)

δ 返還約束説のまとめ

「請求権は、債権から流出するのではなく、当事者の合意に基いて直接に発生する。それは、「契約は守らなければならない。」と云ふ言はば民法以前の理念にその基礎を有するのである。換言すれば、契約の成立要件は、請求権の発生原因事実ではない。請求権は、民法とは無関係に、従って、民法がなくても(当事者の合意に基いて)発生する。」(43頁)

「このやうな考え方は、民法を「請求権の体系」としてではなく、少なくとも契約法に関しては、「抗弁の体系」として理解しようとするものである。」(44頁)

「或ひは、係争法律関係の性質決定を、原告の負担ではなく、被告の負担とするものである。」(44頁)

(b) 船越隆司教授の説くところの全部合意説

前記アで述べたとおり、全部合意説は、理論的には、その請求の原因となる契約が、典型契約であれ、無名契約であれ、その実際の契約の全部（それが書面によると口頭によるとを問わない。）が請求権発生の根拠となるとする説である。

しかし、実際には、この全部合意説を説く者がいない。

船越隆司教授の『実定法秩序と証明責任』（尚学社・1996年）によれば、契約書の有無によって、証明責任が異なるとして、次のとおり述べる。ただし、 α から γ までの区分及び表題は、筆者による。

α 考え方の基本

「真正に成立した契約書がある場合…契約書に記載なき事項はこれを援用する者が証明責任を負うということである。すなわち、契約書により一応合意成立の範囲は明確になるのであるから、記載なき事項は他に特別の合意があるものとしてその援用者が証明しなければならない。」(309、310頁)

β 条件・期限についての証明責任

「契約書に単なる給付約束の記載があり、条件・期限の記載がなければ、これら附款の定め主張は抗弁である。」(316頁)

「これに対し、契約書がない場合、合意成立の範囲は明瞭ではないのであるから、請求者が契約の成立、すなわちすべての事項にわたる合意（全面合意）—ただし、その定めを欠いたとしてもなお契約を締結したであろうと認められる事項を除いて—を証明

しなければならない。故に、条件または期限の主張は、請求者が主張するような契約は締結していないという趣旨の間接否認である。」(316、317頁)

γ まとめ

「契約の成立に関しては、真正に成立した契約書の有無により区別し、契約書ある場合は、それに記載なき事項および後に変更された事項についてはそれを主張する者が証明責任を負う。契約書なき場合は、契約の成立を主張する者が原則的に全条項にわたる合意すなわち全面合意を証明しなければならない。」(393頁)

(2) 分析

ア 理念型としての分類にかかる各説の検討

(a) 最小限合意説

α 実体法上の説明

最小限合意説は、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約から、請求権発生に関する合意部分（金員支払合意、所有権移転登記手続合意、不動産引渡合意）のみを取り出して、実体法上、その部分のみによって請求権が発生するとする考え方である。

β 訴訟上の帰結

この見解は、論理的には、訴訟において、原告は、請求原因として、その請求権発生に関する合意部分のみを主張立証すれば足り、被告は、抗弁として、実体法上の性質決定（契約類型の特定）とその性質決定に基づく請求を理由のないものとする事由を主張立証すべきことを帰結することになる。

γ 問題点

しかし、第1に、民事実体法の基本となっている民法が、請求権発生の根拠として請求権発生に関する合意のみで足りるとしていると解する根拠は見当たらない。むしろ、民法は、請求権に関

し、典型契約でいえば、その典型契約を締結したことを前提として請求権が発生するとし、かつ、その請求権が行使できるようになる要件、また、その請求権の発生を障害し、消滅させ、あるいは、その行使を阻止する要件を規定しているものと解するのが自然である。⁵⁰

第2に、民事訴訟の実務においては、訴訟物は法的性質決定のされた請求権であるとする旧訴訟物理論が採用されている。⁵¹したがって、原告は、請求原因において、法的性質決定のされた請求権を特定し、かつ、その請求権の発生を理由づける具体的な事実を主張する必要があるとされている。このような民事訴訟の実務は、最小限合意説に立脚するものではない。

第3に、訴訟の実態からすると、被告が、法的性質決定とその性質決定に基づく請求を理由のないものとする事由を主張立証すべきものとすることは、被告の負担が重く、相当ではない。⁵²この点を若干詳述すると、次のとおりである。

例えば、原告が被告に対して100万円の金員支払請求をした場合に、原告は、原告と被告との間で100万円の金員支払合意があったとの主張をし、これについて争いが無い場合には、被告は、①それが売買契約に基づく売買代金支払請求権であるという性質決定をした上で、原告が反対債務の履行、すなわち売買の目的物の引渡しをしないから売買契約を解除したと主張し、②そうでないとしても、贈与契約に基づく贈与金の支払請求権であるという性質決定をした上で、贈与契約を取り消すと主張し、③そうでないとしても、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であるという性質決定をした上で、弁済期が到来していないと主張したとしても、裁判所が、売買契約が締結されたとも、贈与契約が締結されたとも、金銭消費貸借契約が締結されたとも認定できなかった場合には、原告が勝訴することになる。しかし、これは、

訴訟の実際に照らして、相当ではない。やはり、原告において、100万円の金員支払請求の根拠が、売買契約に基づく売買代金支払請求権であるのか、贈与契約に基づく贈与金支払請求権であるのか、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であるのかを特定し、その契約が締結されたことの主張立証ができなければ、原告が敗訴とするのが相当である。

また、例えば、原告が被告に対して甲不動産の所有権移転登記手続請求をし、原告が被告との間で作成したところの「被告は原告に対して甲不動産について所有権移転登記手続をします。」という合意書を提出して、その旨の所有権移転登記手続合意があったことを主張した場合に、被告が、①それが売買契約に基づく所有権移転登記手続請求権であるという性質決定をした上で、原告が反対債務の履行、すなわち、代金の支払をしないから売買契約を解除したと主張し、②そうでないとしても、贈与契約に基づく所有権移転登記手続請求権であるという性質決定をした上で、錯誤があるから無効であると主張し、③そうでないとしても、交換契約に基づく所有権移転登記手続請求権であるという性質決定をした上で、反対債務の履行、すなわち、乙不動産の所有権移転登記手続をしないから引換給付を求めると主張し、④そうでないとしても、代物弁済契約に基づく所有権移転登記手続請求権であるという性質決定をした上で、元の債務が既に弁済されているために代物弁済請求はできないと主張したとしても、裁判所が、売買契約が締結されたとも、贈与契約が締結されたとも、交換契約が締結されたとも、代物弁済契約が締結されたとも認定できなかった場合には、原告が勝訴することになる。しかし、これは、訴訟の実際に照らして、相当ではない。やはり、原告において、甲不動産の所有権移転登記手続請求の根拠が、売買契約、贈与契約、交換契約又は代物弁済契約に基づく所有権移転登記手続請求権の

いずれであるのかを特定し、その契約が締結されたことの主張立証ができなければ、原告が敗訴とするのが相当である。

訴訟の実際において、以上のような判断を相当とする根拠は、裁判所は、合理的な合意に基づく請求については、その請求を是認するが、合理的な合意であるのか否かが不分明な合意に基づく請求については、その請求を是認しないとする裁判制度設計が妥当と考えられるからである。そのような裁判制度設計をしないと、国民が合理的でない合意によって不当な不利益を被ることを、裁判所が是認することになり、社会秩序の適正な維持がはかれないからである。⁵³

(b) 中間的合意説

a 実体法上の説明

中間的合意説は、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約のうちの基本的な又は中核的な部分（その基本的な又は中核的な部分が何であるのかは、解釈による。）が請求権発生の根拠となるものであって、請求権発生に関する合意部分のみによって請求権が発生するとはいえないとする考え方である。

β 訴訟上の帰結

この考え方は、最小限合意説と全部合意説との間の中間的な内容の理念型であるから、訴訟上どのような内容のものとなるのかは、多様でありうる。

一応の標準的な考え方としては、訴訟において、原告は、請求原因として、その契約のうちの基本的な又は中核的な部分として、最低限その契約の性質決定をするものが必要であり、その主張立証が必要であるとするであろう（その逆に、期限や条件は、不必要であるとするであろう。）。そして、被告は、抗弁として、原告の特定した性質決定に基づく請求を理由のないものとする事由を主張立証すべきことになるであろう。

γ 問題点

i) 合理的規範説との内容的な同一性

中間的合意説は、結論からいえば、後記第4節でいう合理的規範説と同一の内容のものとなりうる。

すなわち、契約の拘束力の根拠として何が必要かという問題について、とりわけ、「権利の発生行使のために必要かつ十分な具体的事実、ひいては、訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実」は何かという問題について、中間的合意説は、合理的規範説と同一の内容のものとなる可能性がある。

ii) 説明のキーワードの相違

しかし、中間的合意説は、契約の拘束力の根拠は合意であるとし、合理的規範説は、契約の拘束力の根拠は合理的規範の定める要件を充足することにあるとする点で、説明のキーワードが異なる。

つまり、中間的合意説は、契約の拘束力の根拠を「合意」というキーワードで説明しようとし、合理的規範説は、その根拠を「合理的規範」というキーワードで説明しようとする。

ところで、契約は、合意の一態様にほかならない。つまり、合意は契約の上位概念であり、契約は合意の下位概念にほかならない。そうすると、中間的合意説は、「合意の一態様である契約の拘束力の根拠は、合意である。」という説明となり、下位概念の拘束力の根拠を、上位概念において拘束力を有することによって説明しようとすることになる。

しかし、このような上位概念による説明は、直ちに間違いであるとはいえないものの、内容の乏しい説明であるといえる。例えば、「人類の発展の根拠は、人類が動物であることにあった。」という説明と、「人類の発展の根拠は、人類が言語を使用

し、道具を使用できることにあった。」という説明があった場合に、前者の説明は、上位概念（人類＜動物）による説明であるために、直ちに間違いであるとはいえないとしても（動物であるからこそ、言語や道具を使用でき、発展がありうる。）、内容に乏しい説明であるといえるが、後者の説明は、それが直ちに正しいとはいえないとしても、内容のある説明であるといえる。

これに対し、合理的規範は、契約の上位概念ではない。

そうすると、中間的合意説と合理的規範説の内容が同一のものとなりうるとしても、合意説は、上記のキーワードの関係で不適切であるというべきである。

(c) 全部合意説

a 実体法上の説明

全部合意説は、典型契約であれ、無名契約であれ、実際の契約の全部（それが書面によると口頭によるとを問わない。）が請求権発生の根拠となるとする考え方である。

β 訴訟上の帰結

この見解は、論理的には、訴訟において、原告は、請求原因として、その契約の全部（期限も条件も、特約も、管轄合意も含め、請求権発生に関するもの以外のすべての合意が含まれる。）を主張立証する必要がある、その請求権発生に関する合意部分のみを主張立証すれば足りるのではなく、また、その契約の基本的又は中核的な部分のみを主張立証すれば足りるというものでもない。そして、被告は、合意された部分については否認すれば足り、合意されていないものについては、抗弁として、合意にはないが請求を理由のないものとする事由を主張立証すべきことを帰結することになる。

γ 問題点

当事者の締結する契約は、簡単なものもあれば、詳細なものも

ある。簡単なものについていえば、「A は、B に対し、甲土地の所有権移転登記手続をする。」というものもあれば、100頁にもわたる契約書によるものもある。生命保険契約のように、大部の約款が引用されているものもある。

全部合意説は、契約は、それ全体が一個の不可分なものであるとして、その全体が請求権発生の根拠であるとする。

しかし、契約のうちの簡単なものについていえば、合意の全部をもってしても、請求権発生の根拠としては是認できないことがある。また、生命保険契約のように大部の約款が引用されている契約についていえば、その全部の合意がなければ、生命保険契約に基づく保険金支払請求権を是認できないというものではない。

生命保険契約に基づく保険金支払請求のような場合に、原告の主張立証は、大部の約款全部を引用しなければならず、また、裁判所の審理・判断も、大部の約款全部を引用して事実摘示しなければならないとすることは、現実的ではない。

やはり、契約は、それ全体が一個の不可分なものとして締結されるとしても、請求権発生の根拠としては、基本的な又は中核的な合意のみで足りるし、また、基本的な又は中核的な合意すらない場合には請求は是認できないというべきである。

結局、全部合意説は、その合意がどのようなものであるかの吟味（その合意は、およそ請求権を是認できないような簡単な合意もありうるし、その逆に、請求権を是認するために必要でないものを大量に含むものもある。）と、裁判所においてどのような合意があれば請求権を是認できるかの吟味（最終的には、裁判所が請求権を是認するのであって、当事者が自由に請求権を是認することができるものではない。）を欠如している点で、採用できない。

イ 返還約束説の検討

返還約束説とは、整理していえば、「契約の拘束力の根拠も、契約

に基づいて権利が発生する根拠も、法律の規定の有無にかかわらない合意である。」とする合意説を前提とし、かつ、「当該契約中の一定の給付をすべき部分だけで請求権が発生する。」とし、さらに、それゆえに、「訴状に記載すべきところの請求を理由づける請求原因事実として必要かつ十分な具体的事実、その一定の給付をすべき部分についての合意のみで足りる。」という説である。

しかし、返還約束説が採用できないことは、理念型としての最小限合意説が採用できないことと同様である。

ウ 船越隆司教授の説の検討

船越隆司教授の説くところの全部合意説は、理念型としての全部合意説とは異なり、契約書の有無によって、証明責任が異なるとしている。

その説くところは、契約書の有無による「証明責任」に焦点があり、訴訟の実際においては、契約書に記載のある事項は特段の事情がない限り一応の「証明責任」が尽くされたことになる点を指摘する意味では正しいものがある。

しかし、船越隆司教授の説くところの全部合意説が採用できないことは、理念型としての全部合意説が採用できないことと同様である。

(3) まとめ

合意説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律の有無にかかわらない合意である。つまり、契約自由の原則に基づく意思表示（あるいは、私的自治の原則又は自己決定権に基づく意思表示）が、契約当事者を拘束し、契約当事者間に権利義務関係が発生する根拠である。」という説である。

しかし、契約とは合意の一形態であるところ、すべての契約が請求権を発生させるものとはいえないから、契約の拘束力の根拠、ひいては、請求権発生根拠が合意であるという説明は、もともと、失当である。

そして、契約のうちの請求権発生に関する合意のみで足りるという説（理念型としての最小限合意説、実際にある考え方としての返還約束説）

は、民法を請求権の体系とみることが自然であること、民事訴訟の実務が旧訴訟物理論を採用していること、この説を採用すると訴訟における被告の主張立証の負担が重くなるうえ、社会秩序の適正な維持をはかることが困難になるという実際の不都合があることなどを勘案すると採用できない。

また、契約の全部が請求権発生の根拠であるという説（理念型としての全部合意説、実際にある考え方としての船越隆司教授の説）は、その合意がどのようなものであるかの吟味と、裁判所においてどのような合意があれば請求権を是認できるかの吟味を欠如している点で、採用できない。

さらに、契約のうちの基本的な又は中核的な部分が請求権発生の根拠であるという説（理念型としての中間的合意説）は、結論からいえば、合理的規範説と同一の内容になると考えられるが、考え方の基本の説明において、契約の上位概念であるところの合意をもって請求権発生の根拠とする説明が不適切である。

3 大島説

（1）見解

大島眞一裁判官は、前注1の『完全講義民事裁判実務の基礎〈上巻〉』69頁、70頁において、次のように述べている。

まず、「そもそも、なぜXとYが売買無約を締結するとそれに拘束されるのかという根本的な問題がある。契約の拘束力の根拠をどう考えるべきであろうか。次の2つの考え方がある。」として、法規説と合意説を紹介し、法規説について、「クーリング・オフの規定のように、当事者間で合意しても法律によってその効力を否定する制度が設けられていることについては法規説が説明しやすいが、数多く存在する非典型契約の根拠が民法91条であるというのでは、個別の合意に基づいて請求権が発生すると解するのとどう異なるのか説明が困難である。」との評価及び批判をし、結局、合意説を採用し、「合意説を採用したうえで、一部、政策的に法律によりその合意の効力を否定するなどの規定が設けられていると解するのが

相当であろう。」と述べ、「合意説を採用しても、…合意に基づいて請求する場合、その合意が成立するための本質的要素（その契約成立に不可欠な要素）を要件事実として主張しなければならない。そして、その本質的要素は、典型契約については、冒頭規定で定められているとおりであるといえることができる。非典型契約（無名契約）については、その契約成立の本質的要素が要件事実となる。以上のように考えると、合意説を採用しても、典型契約については冒頭規定に本質的要素が定められていると解するので、法規説と実際に差異はないといえる。」と述べる。

（２） 分析

大島眞一裁判官の見解は、実務家には珍しく、合意説を採用している。⁵⁴ 法規説を採用しない理由は、無名契約が拘束力を有する根拠について法規説が説くところの民法91条の解釈は説得力がなくその解釈は合意説を支持することになりかねないという認識にあるようである。

そして、大島眞一裁判官は、典型契約についても、無名契約についても、請求権発生に関する合意のみで請求権の発生を肯定できるものではなく、契約があること、そして、その契約の「本質的要素」があることが、^{55, 56} 請求権発生の根拠としている。

この大島眞一裁判官の見解は、合意説についての理念型としての分類からいえば、中間的合意説であるといえる。

（３） まとめ

大島眞一裁判官の見解は、中間的合意説として、現実的なものと評価することができる。

しかし、中間的合意説については、先に述べたとおり、結論的には合理的規範説と同一の内容となると考えられるが、考え方の基本の説明において、契約の上位概念であるところの合意をもって請求権発生の根拠とする説明が不適切である。

4 大村説

(1) 見解

大村敦志教授は、「『典型契約と性質決定』をめぐって」判例タイムズ1175号（2005年）10頁において、次のとおり述べている。ただし、アからウの区分及び表題は、筆者による。

ア 法規説か返還約束説か

「契約の拘束力を説明するものが法規であるのか、あるいは法規以外のものであるのかということと、法規以外のものであるとした場合に、それは返還約束のような個別の合意であるのか、それとも契約という一定の構造を持った合意であるのかということ。法規説か合意説かといったときに、この2つの問題が含まれているような感じがするのです。私は後者の点については、返還約束ではなくて契約というユニットで考えるべきだと思っています。

しかし、前者の点、法規がなければ契約の拘束力は生じ得ないのかというと、それは必ずしもそうではないだろうと思います。明文の規定がない場合であるとしても、規定のある場合と同様に、契約の拘束力を支える類型を観念して、その類型の要素を満たす合意があれば、それで契約は成立すると考えていいのではないかと考えております。」

イ 民法91条についての質疑応答

「●加藤⁵⁷（新） 法規説が無名契約についてどう考えるかという、これは民法91条が定めているとみるのです。91条によって無名契約も法規説でカバーできるという解釈論をとっているのです。

●大村 ええ、その考え方はわかります。ただ、細かな話になってまいりますけれども、91条の規定は法律行為の当事者が意思表示をしたときには、その対象が公序に関しないものであればそれに従うということであって、そこでは必ずしも類型としての契約は念頭に置かれていないように思うのですが。」

ウ 民法91条及び無名契約の拘束力の根拠

「●加藤（新） 法規説としては、無名契約も意思によって効果を生ずるという法規があり、法規が契約の拘束力の根拠となっていると解釈しているわけです。

●大村 根拠として法規が必要で、その法規をどこに求めるかというときに91条に求めるというご趣旨ですね。それ自体は、ありうる考え方だと思うのですが、そのことから直ちに91条が類型としての契約を要求しているかとは必ずしも言えない。91条を根拠にして返還約束説を導くことも、できそうな感じがします。その意味で、法規を要するか要しないかということと、どれだけの合意であればその契約の拘束力が発生するのかということは区別して考えた方がいいと思っています。

私自身は、無名契約について拘束力を認めるルールは民法典に書かれていない形で存在するのではないかと思います。フランス民法でいいますと、それは1134条という規定があって「適法に締結された契約は当事間において法律に代わる」と定めていますが、規定がなくても当然のことであるということで日本民法典には存在しない。そういう考え方もあるだろうと思います。」

（2） 分析

大村敦志教授は、契約の拘束力の根拠として、返還約束説を採用していないし、また、法規説も採用していない。そして、法規説については、無名契約が拘束力を有するところの根拠として指摘する民法91条について、その解釈の仕方が問題であるというにとどまらず、仮に法規説のいうように解釈するとすればその解釈は返還約束説を導くこともできそうであると、厳しく批判する。

大村敦志教授は、契約の拘束力の根拠は、返還約束という契約の一部分の合意ではなく、契約という「ユニット」にあるとし、また、無名契約について拘束力を認める根拠は、「日本民法典という法律の規定」ではなく、「日本民法典に書かれていないルール（規範）」にあるとし、参考とし

て、フランス民法1134条「適法に締結された契約は当事間において法律に代わる」を指摘する。

(3) まとめ

大村敦志教授が、契約の拘束力の根拠、ひいては、契約に基づく権利発生
の根拠について、対談の中で明らかにしたことは、返還約束説でも法規
説でもないという考え方であり、これまでに検討してきた考え方でい
え、中間的合意説に近いものがあるが、合意説を採用しているとは述べて
いない。⁵⁸

大村敦志教授は、その引用するフランス民法1134条の内容をも勘案する
と、後記第4節で述べる合理的規範説を採用していると解されるようにも
思われる。

第4節 合理的規範説

1 基本

合理的規範説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発
生する根拠も、その契約が合理的規範の定める要件を充足することにあ
る。」という考え方である。

そして、その合理的規範には、大きく分けて2種類のものがあり、その
一つは、(1) 法律に規定されている典型契約などに関する規範であり、
もう一つは、(2) 法律に規定されていなくても合理的であるといえる規
範である。

(1) の法律に規定されている規範には、(あ) 13の典型契約に関するも
のをあげることができるほか、(い) 典型契約ではないが、民法482条が規
定する事項を契約であるとみるとすれば、要物契約としての代物弁済契約
をあげることができるし、民法446条以下が規定する保証契約をあげるこ
ともできる。なお、民法466条以下が規定する債権譲渡契約は、債権譲渡
という法律効果を発生させる債権の売買契約、贈与契約、代物弁済契約、
交換契約などに還元すべきものであるから、⁵⁹ 債権譲渡契約というものが、

上記の売買契約などから独立に存在するものではない。

(2) の法律に規定されていなくても合理的であるといえる規範として、数え切れないほど多数の無名契約をあげることができる。例えば、ファイナンス・リース契約、諾成的代物弁済契約、諾成的消費貸借契約、在学契約、フランチャイズ契約などである。

この説にあっては、(1) の法律に規定されている典型契約などに関する規範については、法律の規定する契約の成立要件を充足すれば、契約の拘束力が発生すること、すなわち、権利が発生しうることにつき、大きな問題は^{60, 61}ない。

問題は、(2) の法律に規定されていなくても合理的であるといえる規範とは、どのような条件を充たすものであり、そうでないものとの区別はどのようにするのかという点である。

この問題については、結論的には、民事実体法の解釈の課題であり、有権的には裁判所の判断によって明らかにされる。したがって、裁判所において、その契約が合理的規範の定める要件を充足すると判断できるときは、その契約には拘束力があるし、契約に基づいて権利が発生しうるといえる。

しかし、この説明では、茫漠としている。

そこで、次に、その規範の類型的特点を確認する。そして、さらに、その規範のうちの基本的な又は中核的な部分の抽出の仕方を検討する。

2 法律に規定されていなくても合理的であるといえる規範の類型的特点

(1) 相当な対価関係があること

ファイナンス・リース契約、諾成的代物弁済契約、諾成的消費貸借契約、在学契約、フランチャイズ契約などは、一般的には、契約の当事者の一方と他方とが取得することになる各権利の間に、相当な対価関係があるといえよう。

契約一般についてみれば、契約の当事者の一方と他方とが取得すること

になる各権利は、等価関係にある場合であろうが、現実的には、何をもって等価関係にあるといえるのかという評価方法に問題があるうえ、⁶²厳密な等価関係にある場合というのは、むしろ不自然であり、多少の不等価関係にある場合の方が自然であろう。⁶³そして、上記各契約の場合には、一般的には、上記各権利の間には、厳密な等価関係はないものの相当な対価関係があると評価してよい。

しかし、契約の当事者の一方が他方に対して一方的な権利を取得する場合には、相当な対価関係があるとはいえない。

民法は、形式的には相当な対価関係があるとはいえない典型契約として、贈与契約を認めている。

したがって、相当な対価関係があるとはいえない契約であっても、贈与契約の定める要件を充足する場合には、贈与契約として一応の拘束力を認めることができるが、贈与契約の定める要件を充足しない場合には、その無名契約には拘束力を認めないことが相当である。

例えば、「A は、B に対し、甲土地の所有権移転登記をする。」という契約は、A が B に対して甲土地を贈与する旨の贈与契約であって、その履行について合意したものであるというのであれば、法律の規定する要件（民法549条）を充足するものとして、一応の拘束力を認めてよいが、他方、法律の規定によって、書面によらない場合であって履行前のときには取消しができるし（民法550条）、錯誤による無効（民法95条）などの主張が可能な場合もあろう。しかし、この契約が贈与契約ではない無名契約であるというのであれば、定型的に、拘束力を認めないことが相当である。その理由は、相当な対価関係がない無名契約であるから、合理的規範としての類型に適合しないからである。

この考え方は、合意説のうちの理念型でいえば最小限合意説、実際にある説でいえば返還約束説を採用しないことを意味する。

(2) 動機に理由があり、社会通念に照らして金額が特定可能であること
契約締結の動機に理由があり、社会通念に照らして金額が特定可能であ

る場合には、契約の拘束力を認めてもよいと考えられる。

このような例として、救命報酬支払契約及びお布施支払契約をあげることができる。

(a) 救命報酬支払契約

救命報酬支払契約は、大きく分けて、2種類のものがある。

その一つは、救命前の契約である。

例えば、山岳で遭難した者を救出するための契約である。救命を依頼する者は、一定の方式で算定される金額（ヘリコプター運用代金、現場捜索人の日当など。ときには、これに加えて、救命された場合の報酬）を支払うことを約し、救命をしようとする者は、一定の方式での救命措置を実行するという契約である。この契約は、無名契約ではなく、準委任契約ということもできる。そして、この契約は、準委任契約として法律の規定の定める要件（民法656条、643条、648条）を充足するといえるし、無名契約であるとしても、救命しようとする者は一定の行為をする義務を負担するものであり、救命を依頼する者は遭難者の生命の危機を脱しうるものであるから、相当な対価関係がある契約として、契約の拘束力は肯定できる。もっとも、この契約については、金額の相当性の審査が必要であり、不相当に高額な金額は裁判所の判断によって減額される可能性がある。

もう一つは、救命後の契約である。

すなわち、山岳で遭難した者や水泳中に溺れた者（以下「遭難者等」という。）につき、たまたまこれを発見した人がその遭難者等を救出した場合に、遭難者等と救出者との間で、遭難者等が救出者に対して命を助けてくれたことに対する相当なお礼をするという契約を締結することがある。この契約は、救出者が一定の行為をする義務を負担するものではなく、遭難者等が一方的にお礼をする義務を負担するものであり、その動機に理由があるといえるが、問題

は、その「相当なお礼」が社会通念に照らして金額が特定可能であるといえる場合もあれば、そうではない場合もあることである。実際問題として、その金額が合意されていた場合には、その金額の相当性の審査が必要であり、不相当に高額な金額は裁判所の判断によって減額される可能性があるが、契約の拘束力を認めてよいであろう。これに対して、その金額が合意されていない場合には、その「相当なお礼」が社会通念に照らして金額が特定可能とはいえない場合が多いものと思われる。すなわち、救命に対する「相当なお礼」の金額を確定するためには、山岳で遭難したり水泳中に溺れたりした状況、発見容易性、発見の状況、救出の態様、遭難者等の年齢、職業、資産、収入その他の諸般の事情を斟酌する必要があるそうであるが、これらの事情を具体的に斟酌するとしても、その金額を特定することは、困難なように思われるからである。事案に依存するものではあるが、契約の拘束力が認められないことが多いのではないかと推察される。

(b) お布施支払契約

お布施支払契約にも、大きく分けて、2種類のものがある。

その一つは、僧侶の行為前にキャンセルされた場合である。

すなわち、例えば、故人の親族が、僧侶に対して仏前でお経をあげることを依頼しながら、その親族が予定日より前に依頼を断ったような場合である。この場合には、契約の締結の動機には理由があるとはいえ、支払うべきお布施について社会通念に照らして金額が特定可能であるとはいいがたいように思われる。したがって、契約の拘束力は否定されるものと推察される。

もう一つは、僧侶の行為後に支払がされない場合である。

すなわち、例えば、故人の親族が、僧侶に対して仏前でお経をあげることを依頼し、僧侶が依頼どおりに仏前でお経をあげることを実行しながら、その親族がお布施を支払わなかった場合である。こ

の場合には、契約の締結には動機があるうえ、支払うべきお布施について、宗教的な内容に関する部分は社会通念に照らして金額が特定可能であるとはいいがたいように思われるが、寺院から仏前までの往復の交通費（タクシー代など）は特定可能であろうし、また、その往復に要する時間及び平均賃金も特定可能であろうから、契約の締結の動機には理由があるし、支払うべきお布施について社会通念に照らして金額が特定可能であるともいえるように思われる。したがって、契約の拘束力は肯定されるものと推察される。

（３） まとめ

法律に規定されていなくても合理的であるといえる規範の類型的特点は、多様なものがありうところであって、ここでは、２つの類型的特点を述べた。

その他の類型的特点としてどのようなものがあるのかについては、率直なところ、現時点では、あげることができない。

そして、実際の無名契約にあっては、ほとんどの場合、「相当な対価関係があること」が、合理的規範に適合するものであるか否かの判断基準になるものであり、例外的な場合にのみ、「動機に理由があり、社会通念に照らして金額が特定可能であること」が、合理的規範に適合するものであるか否かの判断基準になるものと思われる。

３ 合理的規範のうちの基本的な又は中核的な部分

（１） 問題の提示

無名契約が締結された場合に、その無名契約に基づく権利の発生要件として何が必要であるのかが問題となる。すなわち、訴状に記載すべき請求原因事実として何が必要かつ十分であるのかという問題がある。

この問題に対する一般的な解は、合理的規範のうちの基本的な又は中核的部分が、それであるということになる。

別の言い方をすれば、類似の典型契約において権利の発生要件として必

要とされている事項を参考にしながら、確定していくということになる。

それでは、その基本的な又は中核的な部分とは、具体的にはどのようなものであるのかが問題となる。

(2) ファイナンス・リース契約の例

ファイナンス・リース契約の実際は、事案にもよるが、多数の条項によって構成される複雑なものである。しかし、要点を押さえて、例示すると、次のような契約をあげることができる。

A、B及びCの間で、平成24年1月1日に、「①Aがその所有する甲トラックをBに対して代金1000万円で売る。②Bが同トラックをCに対して賃料1か月当たり50万円、賃貸期間2年間（平成24年1月1日から平成25年12月31日まで）として賃貸する。③賃貸期間満了時においてCがBに対して賃料全額（50万円×24月＝1200万円）を遅滞なく支払ったときは、Cが同トラックの所有権を取得する。」旨の契約を締結したとしよう。

この場合において、Cが甲トラックの所有権を取得できるとするためには、(a) A、B及びCが、上記内容の契約を締結したこと、(b) その契約に基づき、AがCに対して同トラックを引き渡したこと、(c) その契約に基づき、Cが平成25年12月31日までにBに対して2年間の賃料全額を遅滞なく支払ったことという3つの大きな社会的事実のうち、少なくとも(a)及び(c)の事実が必要となり、(b)の事実は必要ではないことになる。

上記のような事実が必要であるとする理由は、次のとおりである。

まず、上記ファイナンス・リース契約を、これと類似の典型契約にあてはめることとし、甲トラックの所有権移転の関係ではAC間の甲トラックの売買契約があるとみなして考えると、「AC間の甲トラックの売買契約があり、代金分割支払約定があり、代金完済までAが所有権留保する旨の特約がある。」とみるのが可能であるから、その場合に、Cが甲トラックの所有権を取得するためには、AC間の売買契約の締結とCの代金完済が必要となる。そこで、ファイナンス・リース契約に戻して考えると、上記の(a)及び(c)の事実が必要であるが、(b)の事実は必要で

はないことになる。

(3) 諾成的代物弁済契約の例

現行の民法482条は、代物弁済との表題の下に、「債務者が、債権者の承諾を得て、その負担した給付に代えて他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。」と定めている。これは、直接的には、「弁済」の一態様についての要件及び効果について規定したものである。しかし、債権者と債務者との合意の下で債務者が代物の給付をしたことをワンセットの要物契約であると解釈することにより、同条は、要物契約としての代物弁済契約の成立要件及び法律効果を定めたものと解することができる。

そして、判例（最高裁昭和39年11月26日判決・民集18巻9号1984頁）は、「代物弁済が債務消滅の効力を生ずるには、債務者が本来の給付に代えてなす他の給付を現実に実行することを要し、単に代りの給付をなすことを債権者に約すのみでは足りず、従つて他の給付が不動産の所有権を移転することに存する場合においては、当事者がその意思表示をなすのみでは足りず、登記その他引渡行為を終了し、法律行為が当事者間のみならず、第三者に対する関係においても全く完了したときでなければ代物弁済は成立しないと解すべきである」と説示し、債務消滅の法律効果が発生するためには、不動産については少なくとも所有権移転登記を完了することが必要であるとしている。

他方、判例（最高裁昭和40年3月11日判決・裁集民78号259頁）は、「所論は、当事者の意思表示のみによつては代物弁済の効力は生じないとの見解に立つて、本件建物の所有権は未だ被上告人に移転していないと主張するが、不動産所有権の譲渡を以てする代物弁済による債務消滅の効果は、移転登記の完了する迄生じないにせよ、そのことは、所有権移転の効果が代物弁済予約の完結の意思表示によつて生ずることを妨げるものではない。」と説示し、所有権移転の法律効果が発生するためには、代物弁済契約の締結（実際の事案は、代物弁済予約及び予約完結の意思表示）のみで

足りるものとしている。

そして、債権法改正案は、民法482条を、代物弁済の表題の下に、「弁済をすることができる者（以下「弁済者」という。）が、債権者との間で、債務者の負担した給付に代えて他の給付をすることにより債務を消滅させる旨の契約をした場合において、その弁済者が当該他の給付をしたときは、その給付は、弁済と同一の効力を有する。」と定め、諾成契約としての代物弁済契約を認めることとし、従来の要物契約としての代物弁済契約は、諾成契約としての代物弁済契約の成立とその履行であるという理解をすることとした。

それでは、現行民法においても、また、債権法改正案においても、次のような事案の場合に、要件事実上、どのような取扱いがされるものであろうか。

A は、平成27年1月1日、B に対し、弁済期を同年6月31日と定めて、1000万円を貸し付けた。A と B とは、平成27年8月1日、B の債務の弁済に代えて B が所有する甲不動産（その当時の時価1200万円）を給付する旨の代物弁済契約を締結した。しかし、平成27年10月1日、甲不動産の近辺で微量の放射能汚染の可能性のあることが報道されたため、甲不動産の近辺での取引は減少し、甲不動産の時価は、800万円ほどになった。そこで、A は B に対し、平成27年12月1日、1000万円の返還を求める旨の訴えを提起した。

この場合、A が B に対して1000万円の支払を求めるための請求原因事実は、上記金銭消費貸借契約の締結の事実及び弁済期の到来の事実である。それに対し、B は、上記金銭消費貸借契約に基づく債務が消滅したとの抗弁を提出しようと考えた。そして、B は、抗弁事実として、①上記代物弁済契約が締結されたこと、②B は A に対し、平成27年11月20日、同月25日午後1時に C 司法書士事務所において甲不動産の所有権移転登記手続をする旨の通知をしたこと、③B は、平成27年11月25日午後1時、甲不動産の所有権移転登記に必要な書類を整えて、C 司法書士事務所へ赴

き、同日午後3時までいたこと、④しかるに、Aは、同日午後1時から午後3時までに、C司法書士事務所に現れなかったことを主張した。

以上のような事案の場合、Bの主張する抗弁事実が認められる場合に、Bの抗弁によって、Aの請求は棄却されるであろうか。

現行民法の場合であっても、債権法改正案の場合であっても、BのAに対する金銭消費貸借債務が消滅するためには、甲不動産についてのBからAへの所有権移転登記が完了することが必要であるとすれば、Bの抗弁は、主張自体失当であることになる。

しかし、代物が動産の場合であれば、債務者は、弁済の提供を経ての適法な「供託」（民法494条、495条）によって代物の給付を完了することができるものの、不動産の場合には、債務者は、所有権移転登記手続の「供託」をすることはできないから、代物の給付を完了することができない。

そうすると、不動産が代物弁済契約における代物とされる場合には、債権者は、いつまでも、本来の給付と代物の給付とのいずれの給付をも求めることができることになりそうである。

しかし、債務者としてできる給付行為をしたものの、債権者の協力がなければ給付を完了できない場合（所有権移転登記手続は、不動産登記法60条によって、債権者と債務者の共同申請がなければならない。）にあっては、債務者としてできる給付行為をした場合には、本来の給付債務は消滅するものと解することが相当であろう。

以上の解釈は、現行の民法においては諾成的代物弁済契約が無名契約であるとされることを前提とし、代物が不動産である場合に、本来の給付債務が消滅するための要件事実についての検討である（債権法改正案の下においては、その改正後の民法482条の解釈問題である。）。

この解釈は、無名契約における法律効果発生のために必要な基本的又は中核的な事実が何であるかという検討があり、その検討の結果は、諾成的代物弁済契約が締結された場合に、代物が不動産の場合には、本来の債務の消滅の要件事実として、不動産の所有権移転登記が完了したこと（これ

は、前記最高裁昭和39年11月26日判決が認めるところである。)のみならず、債務者において不動産の所有権移転登記手続についての弁済の提供をし、債権者においてその受領を拒絶したことであっても、認められるというものである。

この解釈が正しいものか否かは、条文から明らかなものではなく、最終的には、裁判所の有権的な判断に委ねられている。⁶⁴

第5節 まとめ

1 余談その1

私がこの問題、すなわち、「契約の拘束力の根拠は何か。」という問題を考えるようになったのは、2007年4月、東洋大学法科大学院の教員に採用され、同年夏頃、ある学生から、法規説と合意説とのいずれが相当かという質問をされたことに始まる。

その際、私は、その学生に対し、次のとおり話した。

それは、法規合意双方必要説とでもいうべきものであった。

「ワイングラスに、冷たいワインを注ぐと、ワイングラスに細かい水滴が付く。この現象、つまり、ワイングラスに水滴が付くという現象の原因について、ワイングラスがあるからであるという説と冷たいワインがあるからであるという2つの説がありうる。確かに、ワイングラスがなければ、水滴は付かないし、冷たいワインを注がなければ、水滴は付かない。しかし、どちらの説も、この現象の原因の説明として十分ではない。ワイングラスがあることとそこに冷たいワインが注がれることの双方がなければ、水滴は付かない。それと同様に、契約に拘束力が発生する根拠は、法律又は合意の一方のみであるという説は適切ではなく、その双方が必要である。つまり、ワイングラスは法律であり、冷たいワインは合意であり、この双方があってはじめて、水滴が付く、つまり、契約に拘束力が発生するのではないのでしょうか。」

この時点での私の見解は、契約の拘束力の根拠は、中身である当事者の

合意（冷たいワイン）のみでは不十分であるし、かといって、外側にある法律（ワイングラス）のみでも不十分であるというものであった。

しかし、この比喻でいえば、外側にあるものは、ワイングラスだけではなく、シャンパングラスでもいいし、湯飲み茶碗でもいいが、魔法瓶ではいけないという説明がなかったことが問題であろう。

本章で提示した合理的規範説は、中身のワインが冷たいものでなければならないことと同時にワイングラスのように外側の容器が水滴の付くような素材でなければならないが、ワイングラスに限定されず、水滴の付くような素材であればよいことを指摘したことになる。

合理的規範説は、比喩的にいえば、以上のような意味合いの考え方ということになる。

2 余談その2

私が、2009年にある研究会に出席した際、その懇親会の席上で、ある研究者に、「先生は、法規説と合意説とのいずれが相当とお考えですか。」という問いを投げかけたことがあった。

その研究者は、要旨、次のように語った。⁶⁵

「お笑いになるかも知れませんが、私には、言葉には力がある、それが契約の拘束力の根拠ではないかと思います。つまり、日本には、昔から、言霊（ことだま）思想というのがありますが、やはり、それではないでしょうか。」

この話を、私なりに敷衍すると、次のとおりである。

法律は、言葉によって社会をコントロールする技術であり、法律は言葉によって表現され、言葉によって解釈される。立法活動は、言葉によってするしかないし、その立法過程では、条文に使用される言葉が吟味される。⁶⁶しかし、立法は、社会をコントロールするすべての規範を語り尽くすことはできず、語り尽くされなかった規範は、法律の規定の外に、語られなかった言葉として漂っている。⁶⁷それゆえに、言葉は、法律の規定の枠を

超えて、拘束力の形式を提供する。そして、契約は、当事者が言葉を交わし、その言葉についてお互いを守ることを宣言することによって成立する。それゆえに、言葉は、拘束力の具体的な内容を提供する。

言霊思想というものが、以上のような事柄を意味しているとすれば、それは、本章で述べた合理的規範説と同一内容のものであるように思われる。

3 ゴツクリとした説明

(1) 法規説について

法規説は、「契約の拘束力の根拠は何か。」あるいは「契約に基づいて権利が発生する根拠は何か。」という問題について、「法律である。」と答える。そして、法規説が自らを正当化する理由として、「法律の規定なくして法律効果が生ずるという自然法原理のようなものを認めることはできない」とし、また、「民法91条により、無名契約も法律に根拠を有するものとして肯定できる」としていることからすると、法規説のいう「法律」とは、「法（法規範）」でも「合理的規範」でもなく、「制定法である法律」あるいは「法律の規定」であることを指し示している。しかし、そうであるとすれば、そのような答えは、直感的に誤りであると分かる。

なぜならば、「制定法である法律」あるいは「法律の規定」は、人が作るものであるがゆえに成立した時点で既に不完全である蓋然性が否定できないとともに、時の経過に従って社会の実情にそぐわなくなりうるがゆえに不完全である。すなわち、権利発生根拠となりうる契約類型が仮に100類型しかないとしても、日本民法典の第3編第2章に限定していえば、同章はわずか13類型をカタログとして規定しているに過ぎず、日本民法典の第3編第1章に散在するもの（例えば、代物弁済契約など）を考慮しても、また、商法典にあるもの（例えば、運送契約、保険契約など）などを考慮しても、その規定している類型のカタログ数はわずかであり、およそ、「制定法である法律」あるいは「法律の規定」によっては権利発生根拠となりうる契約類型のすべてを書き出すことはできない。そして、社会

は、時の経過に従って、権利発生根拠となりうる契約類型を次々と生み出してしまふ。それゆえに、「契約に基いて権利が発生する根拠は何か。」という問題について、「制定法である法律」あるいは「法律の規定」を指し示すものとしての「法律」であるとするのは、リアリズムの観点から、明らかに誤りである。

(2) 合意説について

合意説は、同じ問題について、「合意である。」と答える。しかし、この答えも、直感的に誤りであると分かる。

なぜならば、現実にある合意は、多様であり、およそ権利発生を認めることができないような合意がある。⁶⁹ また、そもそも、「権利」とは、国による強制力を発動しうるものであるから、「私人間の合意」によって直ちに国による強制力を発動しうるものとする社会制度設計はありえないものであり、「権利」は、「私人間の合意」が前提となるとしても、「国の認める規範」の枠組みに適合するものでなければならないものである。それゆえに、同じ問題について、「合意」であるとするのは、リアリズムの観点から、明らかに誤りである。

(3) 合理的規範説について

合理的規範説は、同じ問題について、「合理的規範に適合することである。」と答える。この答えは、リアリズムの観点から肯定しうる。

なぜならば、権利発生根拠を人の作る「制定法である法律」あるいは「法律の規定」に限定するときは、リアリズムに反することになるところ、合理的規範説は、「制定法である法律」あるいは「法律の規定」に語られなかった規範をも権利発生根拠として認めることによってリアリズムの観点に立つことができ、また、合意のすべてが国による強制力を発動しうるものであることはリアリズムに反することになるところ、合理的規範説は、合意が合理的規範に適合することを条件としてはじめて権利発生根拠として認めることができることによってリアリズムの観点に立つことができるものである。

そして、その具体的な内容は、第4節で述べたとおりである。

4 まとめ

「契約の拘束力の根拠は何か。」という問題について、要件事実論においては、従前から、法規説と合意説という2つの説がある。

法規説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律である。」という説であり、合意説とは、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、法律の有無にかかわらない合意である。」という説である。

しかし、法規説は、①法律の規定がなければ法律効果を認めることはできないという見解を基礎としているものの、その見解が文字どおりには是認できない点において、また、②無名契約が是認できることの理由の説明において民法91条を援用しているがその解釈が適切ではない点において、相当ではない。

また、合意説は、(1) 理念型としての最小限合意説についていえば、①民法典が請求権の体系とみることが自然であること、②民事訴訟の実務において法的性質決定のされた請求権が訴訟物とされていること、③訴訟の実際において法的性質決定は原告の負担とすることが相当であることから、相当ではなく、(2) 理念型としての全部合意説は、①請求権発生のために必要な合意が何かという吟味を欠いていること、②合意の中にはおよそ請求権の発生を肯定できないものもありうるという吟味を欠いていることから、相当ではなく、(3) 理念型としての中間的合意説についていえば、結論として正しいとしても、契約の拘束力の根拠として契約の上位概念である合意という言葉を使用している関係で、相当ではない。

そして、合理的規範説、すなわち、「契約の拘束力の根拠も、契約に基づいて権利が発生する根拠も、その契約が合理的規範の定める要件を充足することにある。」とする説が相当であり、その理由は、第4節で述べたとおりである。

また、この合理的規範説は、大村敦志教授が、「『典型契約と性質決定』をめぐって」判例タイムズ1175号（2005年）10頁において述べていた内容と一致する。合理的規範説は、同教授が指摘するフランス民法1134条「適法に締結された契約は当事間において法律に代わる」を、日本の民法典においては語られなかった規範であるとし、これを合理的規範として取り上げる考え方であるといえる。

さらに、合理的規範説は、合意説を採用することを表明している伊藤滋夫裁判官及び大島眞一裁判官の見解とも、結論的には同一の内容のものになると思われる。合理的規範説と上記両裁判官の見解との相違は、唯一、説明のキーワードを「合意」とするのか、「合理的規範」とするのかの点にあると思われる。

注

- 1 実務家の著作になるものとして、『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』45頁以下、『設例13題』9頁以下、『30講』第3版100頁以下、『考え方と実務』第3版20頁以下、『要件事実マニュアル1』第4版10頁以下、大島眞一『完全講義民事裁判実務の基礎〈上巻〉』（民事法研究会・2013年）69頁以下、河村浩・中島克己『要件事実・事実認定ハンドブック』（日本評論社・2015年）75頁以下など
- 2 研究者の著作になるものとして、山本敬三『民法講義Ⅳ—1 契約』（有斐閣・2005年）20頁以下、後藤卷則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実論」『要件事実論と民法学との対話』（商事法務・2005年）44頁以下、石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」『要件事実論と民法学との対話』（商事法務・2005年）122頁以下、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣・1997年）39頁以下、森村進『権利と人格』（創文社・1989年）147頁以下、船越隆司『実定法秩序と証明責任』（尚学社・1996年）309頁以下など
- 3 前記注1のほとんどの文献が、契約の拘束力の根拠（それは法律であるとする法規説を採用するものが多い。）が、権利発生の根拠（法規説に従い、それは法律であるとするものが多い。）でもあるとしている。なお、『30講』第3版100頁は、「権利の発生根拠は何か、契約の拘束力の根拠は何かという問題である。これについては、大きく分けて、2つの考え方がある。第1は、権利発生の根拠は法律

であり、契約の拘束力の根拠も法律であるという考え方である。これは「法規説」と呼ばれる。」と記述し、契約の拘束力の根拠の問題と権利発生の際の根拠の問題が、同一の問題であることを明言している。

- 4 なお、文献によっては、「権利」ではなく、「契約に基づいて請求権が発生する根拠は何か。」という問題であるとされる。「権利」と「請求権」との異同については難しい問題がある。一般的には「権利」は実体法において使用される表現であり、「請求権」は訴訟法において使用される表現であるといえるものの、「物権的請求権」は実体法における権利を表現するものの、これを物権的権利とは表現しないから、上記の区分が正確なものとはいえない。ちなみに「債権」と「請求権」との異同については、拙稿要件事実原論ノート第4章第5節参照

- 5 本章では、文献を引用するほかは、できる限り、「請求権」ではなく、「権利」という言葉を使用するが、文章の流れ又は意味の観点から、「請求権」という言葉を使用することもある。

- 6 要件事実論の定義、目的、機能、対象、方法、評価などについては、種々の見解があるが、一般的には、その主な目的は、合理的な民事訴訟の運営を図るために請求権の構造を明らかにすることであり、その主な検討課題は、民事訴訟実務において、原告が被告に対してどのような請求の趣旨を立てるのか、その訴訟物は何か、その請求原因はどのようなものであり、その請求原因事実として何が必要かつ十分であるのか、それに対する抗弁はどのようなものであり、その抗弁事実として何が必要かつ十分であるのか、それに対する再抗弁はどのようなものであり、その再抗弁事実として何が必要かつ十分であるのかなどを明らかにすることにある。

- 7 請求原因には、①請求を特定するものとしての請求原因（民事訴訟法133条2項2号）、②請求を理由づけるものとしての請求原因（民事訴訟規則53条1項など）、③中間判決においていわれる請求原因（民事訴訟法245条）がある。訴状に、請求を特定するものとしての請求原因の記載がない場合には、裁判長の訴状審査権に基づく補正命令があることになり（民事訴訟法137条1項）、原告がこの補正命令に応じないときは、訴状却下となる（同条2項）。訴状に、請求を特定するものとしての請求原因の記載はあるが、請求を理由づけるものとしての請求原因の記載がない場合には、原告が適切な主張をしなければ、訴状却下とはならないが、請求が棄却されることになる。本章では、請求原因という言葉は、特にことわりのない限り、請求を理由づけるものとしての請求原因という意味で使用する。

- 8 『30講』第3版100頁

- 9 現在の民法では、ファイナンス・リース契約を典型契約として明文で認めていないところ、2015年3月31日国会提出にかかる民法の一部を改正する法律案（以下「債権法改正案」という。）においても、ファイナンス・リース契約を典型契約として明文で認めるものではない。しかし、その審議の過程では、典型契約とすることが議論された。
- 10 現在の民法482条では、要物契約としての代物弁済契約を認めているものと解されるものの、諾成的代物弁済契約を明文で認めているとはいえないところ、債権法改正案は、民法482条において諾成的代物弁済契約を明文で認めることとした。
- 11 現在の民法587条では、要物契約としての消費貸借契約を明文で認めているが、民法には、諾成契約としての消費貸借契約については、何らの規定もない。このため、現行法下において諾成的消費貸借契約が認められるか否かは議論のあるところであったが、判例（最高裁昭和48年3月16日判決・金法683号25頁）及び通説は、肯定説を採用している。そして、債権法改正案は、民法587条の2において、書面によるところの諾成的消費貸借契約を認めることとした。
- 12 弁論主義の根拠は何かという問題については、論者の価値判断に依存する説明が多いように思われる。この点については、別に論ずることとする。
- 13 「東京が日本の首都とされる根拠は何か。」という根拠探求型疑問文については、次のような説明が可能である。つまり、日本の首都が東京であるとされる法律上の根拠はない。しかし、首都とは、一般に、国の中心となる都市を意味するところ、東京都内には、国会（日本国の立法権を有する機関）もあり、内閣府（日本国の行政権を有する機関）もあり、最高裁判所（日本国の司法権を有する最上級機関）もあるから、東京は、日本の首都といえることができる。
- 14 「今後日本の株価の低下が予想される根拠は何か。」という根拠探求型疑問文については、そもそも、「今後日本の株価の低下がある。」という予想が正しいと断言できないから、適切な解が得られる保証はない。
- 15 宗教的な議論については、その宗教を信じている者たちにとっての主観的な解が得られても、その宗教を信じていない者たちを含む客観的な解を得ることは困難であろう。例えば、「イエス（あるいはマホメット）が、人類の救済者（メシア）であるとされる根拠は何か。」という問題についてみれば、その宗教を信じている者たちにとっての主観的な解が得られることがあるとしても、その宗教を信じていない者たちを含む客観的な解を得ることは困難であろう。
- 16 このような分類に属するものとして、「弁論主義の根拠は何か。」という問題をあ

げることができる。この問題については、客観的な解が得られるものではなく、論者の価値判断に依存する解しか得られないが、しかし、その解について大方の賛同を得られるようなものがあるように思われる。すなわち、その解として、私的自治説、手段説、多元説などがあるが、現時点では、私的自治説が、通説として、大方の賛同を得られているようである。

- 17 数々の独創的な手を見いだした将棋棋士升田幸三（1918年—1991年）は、将棋の読みについて、「直感、精読、直感」が大事であると言っていた。直感がなければ、最善手を見いだすことはできないが、それが最善手であることは、精読が必要であり、精読してみると、やはり、直感の手が最善手であると確認できるという趣旨の名言である。法律の関係でも、新しい又は正しい知見を見いだすためには、やはり、直感的な予測が重要である。しかし、直感的な予測は、精密な検証を経なければ、正しい知見であるとすることはできない。

- 18 この一般法則は、経験則であり、すべての場合に成立するものではない。それゆえに、「しばしば」という制限を付している。しかし、社会科学、法律学、哲学など文科系での領域における文章についていえば、ほとんどの場合に成立するように思われる。

- 19 古代から、人は、現実世界を単純で具体的な言葉や元によって理解し、説明しようとしてきた。例えば、古代ギリシャにおいて、世界は、「土」「水」「空気」「火」の4大元素によって構成されるという考え方＝4大元素説があった。しかし、現実世界は多様であるから、これを単純で具体的な言葉や元によって説明することは、原理的に不可能である。現実世界は、現代では、100を超える多くの原子のほか、光子、ニュートリノなどの素粒子から構成されているとされる。

- 20 これに対し、古代ギリシャにおいても、世界は、原子（分割不可能な微粒子＝アトム）によって構成されるという考え方もあった。この考え方は、「土」「水」「空気」「火」というような単純で具体的な言葉ではなく、抽象的な「原子」という言葉で世界を説明しようとするものであるから、その「原子」の意味がそれ自体では不明確ではあるが、適切な説明でありうることになる。

なお、「万物は流転する。」という言明がある。これは、一般に、古代ギリシャの哲学者ヘラクレイトス（紀元前540年—480年）の言葉であるとされている。この言明は、「流転する」という言葉が抽象的であるがゆえに、適切でありうるといえる。鴨長明（1155年—1216年）の方丈記の冒頭の「ゆく河の流れは絶えずして、しかももとの水にあらず。淀みに浮かぶうたかたは、かつ消えかつ結びて、久しくと

どまりたるためしなし。世の中にある人とすみかと、またかくのごとし。」という言葉も、同様である。

- 21 契約の拘束力は、その契約の種類、性質のほか、その契約を規律する法律のみならず、社会及び国家の在り方によって異なるものと推察される。例えば、資本主義国と社会主義国とでは、契約の拘束力について異なる判断がされることも多いであろうし、資本主義国においても、各国において、異なる判断がされることもあるであろう。例えば、身分行為関係ではあるが、日本法では、離婚について、協議離婚が認められているところ、協議離婚は夫婦が離婚することを合意すること（契約すること）に加えて戸籍役場に届出をすることによって成立するものであり、身分契約といって差し支えないものであろうが、英米法では、離婚は裁判によってされるものであって、夫婦の合意によってできるものではないとされている。
- 22 星野英一「現代における契約」『民法論集』第3巻（有斐閣・1972年）20、21頁は、「契約の拘束力」について、一般的な意味で論じ、「契約の拘束力の根拠を、客観的規範でなく、契約当事者の自由な意思に求めたことは、すぐれて近代的な思考へのきわめて大きな転換である」と記述している。
- 23 前掲星野英一「現代における契約」56頁以下は、「契約の拘束力」について、解約できるか否かの観点から、記述している。
- 24 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『民法論集』第6巻（有斐閣・1986年）236頁以下は、契約の拘束力の一部の否定があることについて記述し、約款などについて「裁判所は、種々の方法…を用いて、不当な契約の条項の拘束力や効力を否定した」（240頁）と記述している。
- 25 前掲『要件事実・事実認定ハンドブック』75頁は、契約の拘束力を問題とするに当たって、この第1の意味と第3の意味が曖昧とされていること、要件事実論にあっては第3の意味で検討すべき旨を指摘している。
- 26 新版注釈民法（13）〔谷口知平・五十嵐清〕2頁以下
- 27 同上
- 28 同4頁には、契約の拘束力の根拠を論ずるものとして、意思説、信託説などがある旨の紹介記述がある。
- 29 倉田卓次監修『要件事実の証明責任 契約法上巻』（西神田編集室・1993年）29頁以下には、契約の拘束力の根拠を論ずるものとして、法規説及び合意説のほか、意思説、信託説、関係説の紹介記述があるところ、その紹介記述によれば、意

思説は「契約の拘束力の根拠を、行為者の意思そのものに求める見解」であり、信頼説は「法律効果の本来的な発生根拠を、法律行為によって相手に一定の信頼を生じることから相手方を保護するために認められた法秩序による信頼責任に起因するものであるという点に求める理論」であり、関係説は「現代社会において生じた新たな種類の身分に基いて契約「関係」を考察するという点に注目するならば、今後の進歩的諸社会の推移は、「契約から関係へ」の推移であるという考え方」であるというものである。これらの意思説、信頼説、関係説は、その紹介記事によれば、契約の拘束力の一般的な意味の根拠を説明するものであって、契約の拘束力の具体的な意味、最終的には、訴状の記載事項に触れるものではないようである。

- 30 森村進『権利と人格』（創文社・1989年）147頁以下は、次のとおりの記述をしている。契約の拘束力の根拠について、英米法においては、①意志説（契約は同意した当事者の意志を実効的にするためのものだとする説）、②取引説（契約は相互の取引であるときに限り、そのように拘束するとの説）、③等価説（契約は等価物の交換であるときに限り、そのゆえに拘束するとの説）、④信頼説（契約の相手方に信頼を引き起こした場合、その信頼のゆえに相手方に損害を蒙らせてはならないとする説）の4つがある。③の等価説は採用できない。なぜならば、契約による取引は等価交換ではなく、大部分の場合、不等価交換だからである。④の信頼説は採用できない。なぜならば、相手方が信頼しなくても、相手方に権利を認める必要がある場合があるからである。結局、①の意志説が及びその一形態として理解可能な②説が相当である。しかし、①の意志説にあっては、（あ）無償契約の拘束力の弱さ（意志を尊重するのであれば無償契約であっても有償契約と同様の拘束力を認めるべきであるにもかかわらず、撤回可能性を肯定していること）を適切に説明できないし、この点については②の取引説では適切に説明できるとしても、①の意志説及び②の取引説のいずれにあっては、（い）契約締結後の意志の変更による契約の変更不可能性（意志を尊重するのであれば過去のものではなく現在の意志を尊重すべきであるにもかかわらず、現在の意志に基づく契約の変更を認めないこと）についての説明が不十分であるという問題がある。この最後の問題については、公正さの要求や契約制度の有用さの考慮が必要である。

- 31 典型契約の対語として非典型契約という言葉が、無名契約という言葉を使用するのかについては、微妙な問題がある。前掲注2の大村敦志『典型契約と性質決定』10頁以下を参照されたい。本章では、基本的に、無名契約という言葉を使用し、文献引用上の関係などの必要がある場合には、非典型契約という言葉を使用すること

とする。

- 32 論者の肩書については、主な経歴を基準とし、研究者の場合には、博士号取得によって区別することなく、「教授」などと表記する。そして、実務家の場合には、主な経歴が裁判官であれば、現在の職業が弁護士であっても、公証人であっても、法科大学院の教授であっても、「元裁判官」ではなく、単に「裁判官」と表記する。
- 33 同書266頁においては、次のように記述されている。「筆者は、ある契約を典型契約（例えば売買契約）として主張するためには、当該契約が各種典型契約の冒頭規定（例えば民法五五五条）の定める合意内容を少なくとも含むことが必要であると考えている。こうした冒頭規定は、各種典型契約の一種の定義を定めた規定と考えることができる。…定義と考えるのであるから、その冒頭規定の中に当該典型契約の本質的部分が含まれていると考えることになる。しかし、このことは、その冒頭規定が当該法律効果の発生根拠となっていることを当然に意味するものではない。当該規定は、典型契約としての一種の定義規定であるということであり、法律効果は、そうした定義規定の内容に合致する当事者の当該契約を成立させる合意であるとする。」この記述は、簡略に言えば、「典型契約に基づいて権利が発生する根拠は、当該契約を締結した当事者の合意にある。」ということになる。
- 34 同書267頁においては、次のように記述されている。「この点については、司法研修所民事裁判教官室の見解も同様というべきである。」「『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』138頁は、「請求権の発生を、「合意の効果」と述べ、「同条の規定の効果」とは説明していない。」この記述は、簡略に言えば、「『増補 民事訴訟における要件事実第1巻』は、ひいては、司法研修所民事裁判教官室は、合意説を採用していると解すべきである。」ということになる。
- 35 前記のとおり、この契約類型が、民法典の定めるものであるとの限定をしていないから、例えば、ファイナンス・リース契約も、諾成的代物弁済契約も、諾成的消費貸借契約も、契約類型として排除していないと解するのが、中立的な解釈であろう。
- 36 自然法という言葉は、多義的な言葉であって、その意味するものが何であるのかについては多くの見解がある。そして、自然法原理という言葉は、自然法という言葉以上に多義的かつ曖昧な言葉であり、さらに、「自然法原理のようなもの」という言葉は、自然法原理という言葉以上に多義的かつ曖昧な言葉であり、これらの言葉が何を意味するのかについては、慎重な検討が必要である。法規説では、自然法とは、制定法にはない法、あるいは、これらに反する法という意味を有する言葉として使用しているように思われるが、自然法という言葉をそのような意味で使用す

ることの可否は、ここでは論じない。

- 37 我妻榮『債権各論中巻一』（岩波書店・1957年）350頁以下参照
- 38 法規範又は法と法律との異同については、星野英一「「法」と「法律」の用語法について」『民法論集』第7巻（有斐閣・1989年）1頁以下参照
- 39 ここでは、法（規範）とは、法律と対置する意味で、制定法に限定されることのないものを意味する。
- 40 法律という言葉は多義的であり、最広義では、憲法をも含む法を意味し、広義では、制定法のみならず、慣習法、判例法をも含み、狭義では、制定法を意味し、最狭義では、国会の議決によって成立する制定法を意味するといえよう。しかし、「法律の規定」という言葉にあっては、その法律は制定法を意味することになる。なぜならば、制定法であるからこそ「規定」がありうるのであり、慣習法や判例法には「法律の規定」という言葉がなじまないからである。
- 41 例えば、建物の賃料支払時期について、民法614条は、当月分の賃料支払時期を毎月末と規定しているが、同条は、任意規定であると解されているところであり、一般的な契約書にあっては、翌月分の賃料支払時期を毎月末としている。
- 42 新版注釈民法（3）〔森田修〕219頁以下は、民法91条が、「同条は任意規定に関して、これと異なる内容の法律行為の効力を肯定することを直接は定めている。」としている。しかし、同条の解釈には、難しい問題が多い。
- 43 前掲石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」130頁は、「より根本的な問題として、91条が非典型契約の拘束力の根拠となるという理解が、そもそも91条の解釈として導き得るものであるのかどうかについても、疑問を呈さざるを得ない。91条が定めているのは、任意法規と異なる合意の効力を承認するということであり、そこから直接に帰結されるのは、合意による任意法規からの離脱が可能であるということに過ぎない。」という。
- 44 前掲石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」131頁は、「その契約について妥当すべき任意法規からの離脱が可能であるかどうかという問題は、そもそもその契約に拘束力が認められるのかという問題とは区別されるべき問題であり、91条は前者の問題や強行法規に反する法律行為の効力の否定に関わる規定であって、少なくとも後者の問題までもを扱うものではない、と解するのが妥当であろう。」という。
- 45 前掲後藤巻則「要件事実論の民法学への示唆（2）—契約法と要件事実論」60頁は、「法規説を採る見解は、法律行為がその内容に従った法律効果を生じることば民法91条の認めるところであるから、非典型契約の拘束力は民法91条が定めている

として、請求権の発生根拠が法規であるという考え方を維持する。この説明は、91条の沿革からは疑問の余地もあり、形式的根拠づけのきらいがあることは否定できない。」と述べている。

- 46 前掲石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」129頁は、法規説を批判して、「このように91条を非典型契約の権利根拠規定と考えることは、非典型契約に関しては個別の合意それ自体を要件事実とするのとはほとんど同一の結果を招来せしめることにもなり得る。」と指摘する。
- 47 大村敦志教授は、「「典型契約と性質決定」をめぐって」判例タイムズ1175号（2005年）10頁において、「91条を根拠にして返還約束説を導くことも、できそうな感じがします。」と述べている。
- 48 「返還約束説」という呼称の由来は、次のとおりである。三井哲夫裁判官は、要物契約としての消費貸借契約又は諾成的消費貸借契約に基づく目的物返還請求権を例として、その返還請求権が発生する根拠を、契約ではなく、「返還約束（合意）」にあると説明し、それゆえに、「返還約束説」という呼称が定着した。しかし、100万円の金員支払請求が、売買契約に基づく場合には、「返還約束」があるのではなく、「金員（代金）支払約束」があるものであるし、甲不動産の引渡請求が、売買契約に基づく場合には、やはり、「返還約束」があるのではなく、「目的物引渡約束」があるものであるから、「返還約束説」という呼称は、理念型の観点からは、適切な呼称ではない。
- 49 返還約束説に分類されるものとして、例えば、田辺公二「攻撃防御方法の提出時期」『民事訴訟法演習Ⅰ』（有斐閣・1963年）130頁以下などがある。
- 50 すなわち、民法は、その立法沿革に照らせば、欧米諸国の法律を参考として日本における請求権カタログを規定したものとみることが自然であろう。
- 51 『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』46頁は、返還約束説について、「このような理解は、実体法上の権利ごとに訴訟物を考えようとする伝統的な考え方と調和しない。」と述べている。
- 52 『増補 民事訴訟における要件事実 第1巻』47頁
- 53 現実の社会では、経済的な窮地にある者が、不合理な契約によって、さらに、経済的な窮地に追い込まれることがある。裁判所には、そのような事態の発生を是認しないことが社会的に要請されている（つまり、裁判所は、不合理な契約に基づく請求について強制力を付与することはしない、換言すれば、不合理な契約には拘束力を与えてはいけない。）。そして、そのような事態の発生を是認しない方策の一つ

が、原告は、請求に当たり、その請求権の法的性質を決定する必要があるとすることである。原告に対して契約に基づく請求の法的性質を決定する負担を負わせるか否かは、理論の問題としての側面もあるが、社会的な妥当性を確保する観点からの問題という側面もあり、この側面からの判断が、現実的であるということになる。

- 54 なお、伊藤滋夫裁判官も、合意説を採用していることは、前述のとおりである。
- 55 伊藤滋夫裁判官も、契約のうちの「本質的事実」が権利発生の根拠であるとしている。例えば、前掲『要件事実の基礎』には、「売買契約における本質的事実」がなければ権利が発生しないと説き、「目的物が売主の所有であることは、売買契約の本質的事実ではない」からこの事実は売買契約に基づく請求権の発生根拠事実にはならないが、「代金支払約束は、売買契約の本質的事実であるから、代金支払約束のない売買契約というものは考えることができない」としているし（266頁）、「立証責任対象事実は何かを考えるために、本質的事実は何かを考え、さらに、本質的事実は何かを考える」（268頁）などと、「本質的事実」を重要視することを述べている。
- 56 ただし、「本質」又は「本質的」という言葉の意味は、難解なものがある。哲学、法学、政治学、社会学その他の社会科学においては、しばしば、本質という言葉を使用することによって、現実的なあるいは実証的な説明を省略してしまうことがある。このため、本章では、「本質的な」という言葉に代えて、「基本的な又は中核的な」という言葉を使用している。この点については、別に述べる必要があると考えている。とりあえずは、「本質」という言葉の問題性については、碧海純一『法と言語』（日本評論社・1965年）173頁以下の説明が分かりやすいこと、また、「本質」という言葉を使用したことによる要件事実論における混乱については、金銭消費貸借契約の成立要件を論じるに当たって、『設例15題』41頁にあっては「弁済期の約定」が契約成立のために「本質的」に必要な事実とされ、『設例13題』38頁にあっては「弁済期の約定」が契約成立のために「本質的」に不必要な事実とされたという歴史的事実があったことを指摘しておく。
- 57 対談者である加藤新太郎裁判官
- 58 前掲石川博康「典型契約冒頭規定と要件事実論」147頁は、大村敦志教授の上記発言について「大村教授の見解は合意説の一つのヴァリエーションとして位置付けることができる」と述べている。
- 59 『類型別』改訂版125頁以下、『30講』第3版385頁
- 60 厳密には、契約の成立要件が法律の規定するものでは足りないと解されることも

ありうる。例えば、消費貸借契約の成立要件は、民法587条の規定の文言上は、代替物の交付とその返還約束で足りると思われるが、かつての司法研修所民事裁判教官室の見解としては、弁済期の合意が必要不可欠であるとされていた（『設例15題』41頁など）。なお、現在では、司法研修所民事裁判教官室の見解も、消費貸借契約の成立要件は、民法587条の規定文言どおり、代替物の交付とその返還約束で足りるものとし、弁済期の合意とその合意にかかる弁済期の到来は、目的物返還請求権の発生要件であるとする解釈を採用している（『設例13題』38頁以下）。また、現行の民法601条は、賃貸借契約について、「賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定しているが、債権法改正案の同条は、「賃貸借は、当事者の一方がある物の使用及び収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対してその賃料を支払うこと『及び引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還すること』を約することによって、その効力を生ずる。」と改め、賃貸借契約の成立要件として、「引渡しを受けた物を契約が終了したときに返還することを約すること」を追加しているところ、この追加は、従前は明示されていなかった要件を明示する趣旨のものと解される。

61 契約の成立要件と、その契約に基づく権利の発生要件とは異なる場合がある。例えば、現在の司法研修所民事裁判教官室の見解は、消費貸借契約の成立要件と同契約に基づく目的物返還請求権の発生要件とは、異なるとしている（『設例13題』38頁以下）。また、例えば、賃貸借契約でいえば、賃貸借契約の成立要件を充足すると、賃借人の賃貸人に対する目的物引渡請求権が発生するが、賃貸人の賃借人に対する目的物返還請求権は発生しない。賃貸人の賃借人に対する目的物返還請求権の発生要件としては、少なくとも、賃貸借契約の成立のみならず、同契約に基づく賃貸人から賃借人に対する目的物の引渡しが必要であり、多くの見解は、そのみならず、賃貸借契約が終了したことが必要であるとする。

62 例えば、在学契約においては、入学しようとする者が支払う入学金、授業料、施設負担金などの金額は特定することができるが、学校が提供するサービスの金額は、評価が困難であろう。また、学校が提供するサービスの内容が同じようなものであるとしても、学校のネームバリュー、卒業時の就職率・就職先の選択可能性・その就職先の一般的又は平均的な給与額などは、異なるものがありうるから、これらの事柄をどのように評価するのは、困難な問題であろう。そういう意味において、在学契約は、入学しようとする者が支払う金員と学校が提供するサービスの内

容その他の要素との間に、相当な対価関係がありうるとはいえても、等価関係にあるということはできない。

63 前掲森村進『権利と人格』148頁以下

64 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（きんざい・2015年）161頁は、債権法改正案にかかる民法482条の解釈として、「代物弁済契約を諾成契約としたときには、代物弁済契約が締結された後も、債権者が「当初の給付」を請求することは妨げられない（このことは明文の規定を待つまでもない）。」としたうえで、「債権者が債務者に対して「当初の給付」を請求したときに、債務者が「代物の給付」をすることができるか…は、個々の代物弁済契約の解釈により決せられる。」と述べている。コンパクトな叙述であるが、また、ここで提示した問題に関する直接の解を述べるものではないが、この問題に関する解についての参考になるように思われる。

65 実際には、その話は、もっと詳細なものであったが、私はその時点で受け止めたもの、かつ、私の現在の記憶にあるものは、以下のとおりである。

66 それゆえに、言葉には、社会をコントロールする力が付与される。

67 ファイナンス・リース契約は、債権法改正案においても立法化されなかつたため、法律の規定の外に、語られなかった合理的規範＝言葉として漂うことになった。

68 権利発生根拠となりうる契約類型の数は、その判断基準によっては、1000単位にも、あるいは万単位にもなるかも知れない。しかし、日常的に接する契約類型に限っても、100を下回らないように思われる。

69 例えば、兄弟であるA及びBが「互いに仲良くすることとし、これを守らなかった場合には、その者は他方に対して100万円を支払う。」という合意をしたとしよう。この合意に基づき、AがBに対して100万円の支払請求の訴えを提起したとしても、裁判所は、その請求を認めることはないであろう。また、前述のとおり、A及びBが「AはBに対して甲土地について所有権移転登記手続をする。」という合意をし、この合意に基づき、BがAに対して甲土地についての所有権移転登記手続を求める訴えを提起したとしても、裁判所は、その合意が贈与契約の履行方法についての合意であるというならば格別そうでない無名契約に基づくものであるとすれば、その請求を認めることはないであろう。

図1

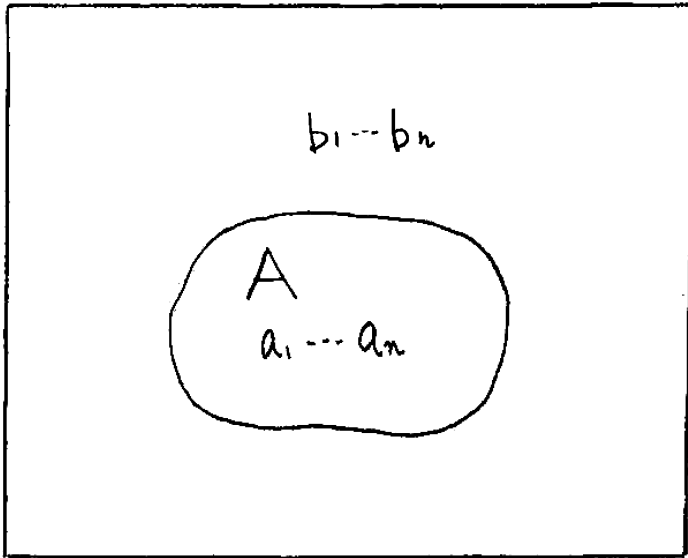


図2

